UNIVERSA

CIVILIS ET CRIMINALIS

JURISPRUDENTIA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

UNIVERSA
CIVILIS ET CRIMINALIS
JURISPRUDENTIA

JUXTA SERIEM INSTITUTIONUM

EX NATURALI ET ROMANO JURE DEPROMTA

ET

AD USUM FORI PERPETUO ACCOMMODATA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

EDITIO TERTIA

OMNI, QUA LICUIT, CURA ATQUE LABORE INDEFESSO,
QUAMPLURIMIS, IN NOTIS PRAECIPUE,
MENDIS, FALSISQUE ALLEGATIONIBUS REPURGATA, ET CORRECTA.

TOMUS IX.

LAUDE POMPEJA
E TYP. JOANN. BAPTISTAE ORCESI
MDCCCXXVIII.

JURISPRUDENTIÆ
LIBER SECUNDUS

TITULUS XXXIV.

De primogeniorum indole, et juribus.

Instit. lib. 2. tit. 23. *De fideicommissar. haereditat.*
Digest. lib. 36. tit. 1. *Ad Senat. Consult. Trebellian.*
Cod. lib. 6. tit. 42. *De fideicommiss.*

SUMMARIA.

Primogenia vix differunt a fideicommissis: cur de primogeniis sigillatim agendum sit? §. 1.

Quae speciatim conveniant primogeniis, singulari eorum indole inspecta. §. 2., *et* 3.

§. 1.

Quamquam primogenia, quae a libera testatorum, vel contrahentium voluntate pendent, vix differunt a fideicommissis, aut saltem quaestiones de hisce primogeniis facile solvi possunt ex juribus fideicommissorum; atque ideo de fideicommissis in praecedenti volumine agentes simul fere congessimus, quae ad primogenia, et fideicommissa pertinent: quia tamen nonnulla sunt, in quibus primogenia a fideicommissis differunt, idcirco opportunum duximus seorsim de primogeniis tractare, ut ita facilius percipiantur specialia primogeniorum jura.

§. 2.

Praetermittimus, quae pertinent ad personas, a quibus primogenia institui possint (1): vel a quibus praestanda sint (2); quibus relinqui possint (3); in his enim primogenia a fideicommissis non differunt. Idem est de rebus, quas primogenio subjicere licet, vel non (4); de solemnibus in primogeniorum institutione adhibendis (5); de juribus (6), et oneribus haeredis primogenio gravati (7), et modis, quibus primogenia desinunt (8).

(1) *De illis, qui possunt fideicommissa relinquere, egimus Tom. VIII.* §. 774. *ad* 790. *pag.* 192.
(2) *De his diximus ibid.* §. 791. *ad* 803. *pag.* 196.
(3) *Actum de iis est d. Tom. VIII.* §. 806. *ad* 822. *pag.* 200.
(4) *V. d. Tom. VIII.* §. 1071. *ad* 1088. *pag.* 263.
(5) *D. Tom. VIII.* §. 1319. *ad* 1339. *pag.* 323.
(6) *V. ibid.* §. 1340. *ad* 1510. *pag.* 327.
(7) *Ibid.* §. 1511. *ad* 1653. *pag.* 369.
(8) *Ibid.* §. 1654. *ad* 1741. *pag.* 405.

§. 3.

Haec, inquam, praetermittimus; revocatis tamen, quae prae oculis habenda sunt, ut caetera intelligantur: tum demonstrabimus, quae primogeniis speciatim conveniunt,

Inst. l. 2 tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

singulari eorum indole inspecta. Explicabimus ergo: 1. Quid, et quotuplex sit primogenium. 2. Quibus modis, aut verbis primogenia instituantur. 3. Quibus personis acquirantur.

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit primogenium.

SUMMARIA.

Apud quosdam populos usu, seu consuetudine recepta sunt quaedam primogenia; seu primogenitis singularia quaedam jura tribuuntur in parentum haereditate. §. 4.

Quae fuerint jura primogenitorum in veteri testamento? §. 5.

Primogenia apud plerasque gentes libera hominis voluntate instituuntur. §. 6.

Diversimode definiri potest primogenium, vel pro jure, quod competit ei, qui ad primogenium vocatus est, vel pro re, quae ex voluntate primogenium instituentis vocato acquiritur. §. 7.

Primogenium acceptum pro jure, quod vocato competit, recte definitur jus succedendi in bonis familiae perpetuo relictis ea lege, ut primogenito deferantur. §. 8.

Acceptum vero pro re, quae ad vocatum pervenit, definiri potest, fideicommissum perpetuo relictum familiae, ita tamen, ut solus succedat, qui primo natus est. §. 9.

Primogenia plerumque perpetua sunt in eadem familia. §. 10.

Testatores aliquando ad fideicommissum vocant secundogenitum, primogenito excluso. Quare? §. 11.

Primogenium aliud regulare est, aliud irregulare. Regulare a quibusdam dicitur illud, in quo regulae primogeniales servantur. §. 12.

Primogenium regulare dicitur etiam illud, ad quod vocantur soli masculi, exclusis foeminis; vel foeminae non admittuntur, nisi post masculos. §. 13.

Primogenium dividitur etiam in reale, et personale: utrumque explicatur. §. 14.

Primogenitus alius dicitur juris, alius facti. §. 15.

Majoratus duplex distinguitur, regularis nempe, et irregularis, seu saltuarius. Qui majoratus regularis appelletur? §. 16.

Majoratus irregularis ille est, in quo aetas sola inspicitur, nulla habita ratione lineae: atque ideo patruus natu major excludit nepotem juniorem. §. 17.

Primogenia in eo a fideicommissis differunt, quod fideicommissa pluribus, dummodo sint in eodem succedendi gradu, primogenia uni tantum deferuntur. §. 18.

§. 4.

Diximus, primogenia testatorum, vel contrahentium voluntate instituta vix a fideicommissis differre (§. 1.): etenim apud quosdam populos, veluti apud Gallos, recepta usu sunt quaedam primogenia, videlicet primogenitis lege, vel consuetudine peculiaria quaedam jura competunt in parentum haereditatem, seu praecipuas quasdam res habent, quin opus sit parentum, vel majorum dispositione (1); exemplo mosaicae legis, juxta quam primogeniti singularibus fruebantur privilegiis: atque hinc refertur, Esau primogenii jus vendidisse Jacob fratri suo (2): Isac dedisse filio suo Jacob benedictionem, et jura primogeniti concessisse (3): tum dicitur: sederunt coram eo primogenitus juxta primogenita sua, et minimus juxta aetatem suam (4).

(1) *Tiraquel de primogen. in praefat. num.* 3., *nec non quaest.* 61. *et* 87.

(2) *Genesis cap.* 25. *versic.* 33.

(3) *Gen. cap.* 27. *versic.* 29.

(4) *Ibid. cap.* 43. *versic.* 33.

§. 5.

Jura autem, seu privilegia primogenitorum in veteri testamento plura a Sacrae Scripturae interpretibus enumerantur; inter haec potissimum, quod ad dexteram patris primogenitus sederet, sacrificia offerret, duplicem ex bonis omnibus patris portionem consequeretur, benedictionem a patre in mortis articulo prae caeteris acciperet, atque praeeminentiam quandam in caeteros fratres natu minores. Inst. l. 2. tit. 23 ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

§. 6.

Verum, cum apud nos, et plerasque gentes primogenia non a jure, vel consuetudine, sed a testatorum, vel contrahentium voluntate vim suam habeant, si feuda excipias, in quibus, nisi aliter caverit ille, cui disponendi facultas competit, succedit primogenitus inter vocatos, caeteris exclusis (1), idcirco de legalibus, si ita loqui fas est, primogeniis agere praetermittimus, maxime cum diversis legibus regantur in diversis ejusdem ditionis provinciis: atque ideo generatim definiuntur jus competens filio qui primo natus est.

(1) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 2. §. 2.

§. 7.

Primogenium, quod et primogenitura, vel etiam majoratus apud Hispanos (1) nominatur (quamquam, ut modo demonstrabimus, majoratus proprie differt a primogenio), atque ab homine ex libera voluntate constituitur, diversimode definiri potest, prout sumitur vel pro jure, quod competit ei, qui ad primogenium vocatus est, vel pro re, quae ex voluntate primogenium instituentis vocato acquiritur.

(1) *V. Molina de Hispanor. primogen. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 3., *et* 4.

§. 8.

Primogenium acceptum pro jure, quod vocato competit, apte definitur *jus succedendi in bonis familiae perpetuo relictis, ea lege, ut primogenito deferantur.* Prioribus verbis, quibus dicitur *jus succedendi*, primogenium convenit haereditatibus tum directis, tum fideicommissariis: posteriora *in bonis familiae perpetuo relictis* etiam aptantur fideicommissis (1), non tamen haereditatibus directo delatis: postremis primogenia a fideicommissis secernuntur.

(1) *L. Omnia* 32. §. *ult.*, *l. Peto* 69. §. *Fratre haerede* 3. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 9.

Si vero primogenium sumatur pro re, quae ad vocatum pervenit, congrue definiri potest fideicommissum perpetuo relictum familiae, ita tamen, ut solus succedat, qui primo natus est. Priora verba demonstrant, primogenia sub fideicommissis, tamquam species sub genere, comprehendi: posterioribus continetur differentia, ut ajunt philosophi, qua primogenium a fideicommisso secernitur: etenim in fideicommissis familiae relictis omnes succedunt, qui in pari proximo gradu testatori conjuncti sunt (1); in primogeniis vero solus plerumque succedit, qui inter vocatos primo in lucem editus est.

(1) *D. l. Omnia* 32. §. *ult.*, *d. l. Peto* 69. §. *Fratre haerede* 3. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 10.

Neque dicatur, instituentis voluntate fieri posse, ut temporale, non perpetuum sit primogenium; aut interdum non unam, sed plures familias, seu familiarum primogenitos ad primogenium vocari; etenim definitio rerum, quae ab hominum voluntata vim omnem suam habent, sumitur ab illis, quae frequentius contingunt, non ab iis, quae raro accidunt: adeoque definitio apta esse non desinit, licet in specialibus quibusdam casibus deficiat (1).

(1) *L. Jura* 3. *l. Neque leges* 10. *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 11.

Quandoque etiam contingit, ut testatores ad fideicommissum vocent secundogenitum, primogenito excluso: id autem saepe fit, quia primogenitus aliud, atque pinguius suc-

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36 tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

cessionis emolumentum habet; aque ideo suasit humanitas, ut secundogenito prospiciatur, agnationis etiam, et familiae contemplatione; ut ex liberis a secundogenito procreatis conservetur: praeterquamquod primogenii definitio secondogenio, ita dixerim, facile accomodatur, si loco ejus, qui *primo* natus est (§. 7.), *secundo loco* natum ponamus.

§. 12.

Diximus, plerumque succedere in primogeniis eum, qui primus est in ordine nascendi (§. 9.): quo significemus, aliquando aliud observari; quod ut intelligatur, sciendum est, duplex distingui a pragmaticis primogenii genus; videlicet regulare, et irregulare. Regulare primogenium proprie illud est, in quo regulae primogeniales servantur, juxta quas primo inspicitur linea, tum gradus, tertio sexus, quarto aetas: atque hoc simplex etiam, et substantiae a quibusdam pragmaticis nominatur: irregulare autem dici potest, quod hasce regulas non servat, sed ab arbitrio testatoris omnino pendet, atque etiam primogenium *qualitatis* quibusdam placet appellare, quatenus in vocato necessariae sunt certae qualitates a testatore volitae.

§. 13.

Alii primogenium regulare dicunt illud, ad quod vocantur soli masculi, exclusis foeminis: vel etiamsi foeminae admittantur, attamen masculi foeminis praeferuntur, ita ut, his tantum deficientibus, foeminae in primogenio succedant: irregulare autem primogenium nominatur, in quo foemina primogenita praefertur masculo post nato, licet ambo sint in eodem succedendi gradu.

§. 14.

Praeterea, clarioris doctrinae caussa, primogenium a quibusdam dividitur in reale, et personale. Primogenii realis nomine donatur illud, quod rei ipsi, ita dicam, a testatore impositum est: cum videlicet testator expresse statuit, ut certae res primogenitis unius, vel alterius familiae perpetuo acquirantur: personale vero, cum testator certas personas nominatim ad primogenium vocat. Perpetuum illud est, quamdiu res durat: postremum temporale est, nec egreditur personas, quarum favore fuit ordinatum (1); prout infrà luculentius demonstrabimus.

(1) *Arg. l. In omnibus caussis* 68. *l. Privilegia* 196. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 15.

Quemadmodum primogenia alia sunt regularia, alia irregularia, ita et primogenitus alius dicitur juris, alius facti: primogenitus juris appellatur, qui, licet aetate minor sit, vincit tamen jure alterum primo natum, quia est de linea primogeniti, seu filius primogeniti ultimi possessoris: ex quo patet, primogenitum facti eum esse, qui primo natus est, sed in alia linea, puta frater defuncti possessoris.

§. 16.

Primogenia apud Hispanos majoratuum nomine donari diximus (§. 5.): duplex tamen a quibusdam distinguitur majoratus; nempe regularis, et irregularis, seu saltuarius; majoratus regularis, qui et majoratus juris dicitur, non differt a primogenio; sane eadem persona significatur, sive testator dicat, se vocare primogenitum ex familia, seu majorem natu inter ipsos; nam is, qui primo in lucem prodiit, senior quoque est, sive major natu (1). Quamquam natu major non secus, ac primogenitus quis dici potest, inspecto jure, vel facto (§. praeced.)

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 20. *num.* 2., *et* 5.

§. 17.

Majoratus vero irregularis, quem saltuarium quoque vocant, vel facti, ille est, in quo aetas ipsa inspicitur, nulla habita ratione lineae: atque ideo patruus natu major excludit nepotem juniorem. Irregularis dicitur, quia in eo non servatur praerogativa lineae, prout plerumque fieri solet; et facti, quia non jus, seu praerogativa lineae,

sed factum, idest sola aetas spectatur: quo fit, ut saltuarii nomen assumat, quia de una in aliam lineam transit, ut ad seniorem perveniat. Sed haec ex dicendis evidentius percipientur.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

§. 18.

Ex his colligi potest, in quo primogeniorum substantia, ita dicam, consistat, atque a fideicommissis secernatur: fideicommissa pluribus deferuntur, si plures sint in eodem succedendi gradu; primogenium vero uni ex illis, qui primo natus est inter vocatos (§. 7.), aut jure talis habetur, veluti nepos, seu filius defuncti ultimi possessoris prae patruo (§. 9.). Ergo ad primogenium duo requiruntur: 1. Ut uni tantum: 2. Ut perpetuo huic deferatur successio (1); alioquin fideicommissum erit, non primogenium.

(1) *V. supra* §. 8.

CAPUT II.

Quibus modis, et quibus verbis primogenia instituantur.

SUMMARIA.

Primogenia, aeque ac fideicommissa, institui possunt tum ultima voluntate, tum actu inter vivos. §. 19.

Primogenium expresse censetur institutum a testatore, qui caverit, ut bona sua primogenitis perpetuo acquirantur. §. 20.

Cum obscura sunt testatorum verba, nec evidens est ipsorum consilium, ad voluntatis indicia confugiendum est. §. 21.

Primogenia non secus ac fideicommissa, utpote odiosa, apud nos ex solis conjecturis nec inducere, nec conservare licet. §. 22.

Expressum habetur, quod ex verbis necessario colligitur; atque dispositum judicatur, quod dispositionis ratio complectitur. §. 23.

Nemo perperam loqui praesumitur: nec media respuere, qui finem assequi vult. §. 24.

Dispositionis proemium prodest ad dignoscendum testatoris consilium. §. 25.

In dubio, an primogenium, an fideicommissum institutum fuerit, pro fideicommisso potius, quam pro primogenio respondendum est. §. 26.

Cum certo constat de primogenii, aut fideicommissi institutione, non prohibentur conjecturae, ex quibus demonstrentur personae ad alterutrum vocatae. §. 27.

An primogenium in eadem linea perpetuum praesumatur? §. 28., et 29.

Primogenium reale in dubio censetur, perpetuum etiam in diversis lineis. §. 30.

Primogenium personale, speciatim demonstratis personis, his extinctis, extinguitur. Quid si personarum appellatio generalis sit? §. 31.

Primogeniti omnes demonstrati videntur, cum substitutus est primogenitus unius stirpis, vel familiae in perpetuum. §. 32.

Si testator vocaverit primogeniti descendentes, vel ejusdem primogeniti lineam in perpetuum, perpetuum est primogenium in descendentibus ab hoc primogenito; sed, hac linea extincta, extinguitur. §. 33.

Haeredis, et descendentium primogeniti vocatio non inducit primogenium saltuarium de linea in lineam: favore agnationis institutum praesumitur perpetuum, et progressivum in omnes lineas agnatorum. §. 34.

Primogeniti nomen comprehendit omnes primogenitos ejusdem lineae vocatae, non caeterarum. §. 35.

Primogenium perpetuum non tantum verbis expressis, sed etiam facto, seu tacita voluntate institui potest. §. 36.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

Primogenium perpetuum non inducitur, etiamsi testator primogenitis proximioribus suae familiae bona reliquerit. §. 37.

Primogeniti omnes de familia successive vocati non censentur, si testator usus sit numero singulari, atque primogenitum vocaverit. §. 38.

Quid si testator ante conditum testamentum professus fuerit, se primogenium perpetuum instituere velle, tum in testamento primogenitos quosdam nominatim vocaverit? §. 39.

Testator praesumitur potius de primogenio regulari, seu juris, quam de irregulari majoratu sensisse. Quare? §. 40., *et* 41.

Antiquioris de domo, vel senioris nomine significari potest majoratus irregularis, seu facti, et saltuarius. §. 42.

Majoratus saltuarius vix censetur institutus, nisi apertis verbis voluntatem hanc testator demonstraverit. §. 43.

Quid si testator ad fideicommissum vocaverit majorem natu? §. 44.

Quaestiones de primogeniis una, et generali regula definiri nequeunt, sed singularia rerum, et personarum adjuncta pensanda sunt. §. 45.

§. 19.

Fideicommissa tum ultima voluntate, tum etiam actu inter vivos, puta donatione, vel contractu reciproco, institui posse, alibi demonstravimus (1); atque sufficere in fideicommissis, seu donationibus, quae pluribus successive fiunt, consensum, et agnitionem prioris donatarii, vel etiam stipulatoris (§. 1090. 8.), ut caeteris actio quaeratur, non personalis tantum, sed realis (§. 1091. 8.). Idem porro dicendum de primogeniis, quae, ut saepe monuimus, sola personarum conditione a fideicommissis differunt (§. 7.): ex quo ulterius sequitur, tum expresse, tum tacite, pure, nec non sub conditione casuali, potestativa, aut mixta, primogenia institui posse, non secus ac fideicommissa (§. 1093. 8.)

(1) *V. Tom. VIII.* §. 1089., *et seqq. pag.* 267.

§. 20.

Si primogenium expressis verbis a testatore inductum fuerit, dummodo haec illi facultas competat, nulla est difficultas; nec ulterius quaerendum; cum ex trita juris regula, in claris non admittatur voluntatis quaestio (1): puta si dixerit, se velle instituere primogenium, vel caverit, ut bona sua primogenitis perpetuo acquirantur: aut prohibuerit, ne bona extra familiam alienentur, nt ad primogenitos perpetuo possint pervenire.

(1) *L. Ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 21.

Sed aliquando obscura sunt testatoris verba, nec evidens est ipsius consilium; itaut non inepte dubitetur, an primogenium instituere quis voluerit, an majoratum, an simplex fideicommissum; in his porro casibus ad voluntatis indicia confugiendum est, atque res dirimenda prudenti arbitrio judicis, a quo pendet voluntatis quaestio (1).

(1) *L. Voluntatis* 7. *cod. hoc tit.*, *l. Stichus* 12., *l. Non aliter* 69. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 22.

Sed hic revocanda sunt, quae alibi diximus de fideicommissis, et primogeniis aeque conveniunt: videlicet primogenia, non secus ac fideicommissa, odiosa sunt, quatenus haeredi liberam de bonis disponendi facultatem tollunt, et gravissimis litibus caussam vel occasionem praebent (1). Atque hinc jure Regio cautum est, ne fideicommissa, aut primogenia ex solis conjecturis inducantur, vel conserventur (2).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 1095. *pag.* 269.

(2) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 2. §. 26. *V. Tom. VIII.* §. 1099. *pag.* 270.

§. 23.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 42.

Quia tamen conjecturae voluntatis vel ex verbis, vel ex consilio testatoris petitae interdum ita urgentes sunt, ut probationis vim habeant; atque tum civili, tum patrio jure admittuntur (1), operae pretium est praecipuas expendere. Sed in primis duae prae oculis regulae in hoc argumento habendae sunt; quarum prima pertinet ad testatoris verba; altera ad ejus consilium. Prima haec est: *Expressum habetur, quod ex verbis necessario colligitur* (2): altera sic effertur: *Dispositum censetur, quod sub dispositionis ratione necessario comprehenditur* (3).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 1103., *et seqq. pag.* 271.

(2) *L. Ait Praetor* 5. §. 1., *l. In sententiis* 59. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.). *V. Tom. VIII.* §. 1104. *pag.* 271.

(3) *L. Quamvis simpliciter* 15. *cod. hoc tit.*, *l. Cum pater* 77. §. *Dulcissimis* 20. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 24.

Utriusque regulae veritas facile patet; etenim, ut de priore loquamur, verba ita semper interpretanda sunt, ut aliquem effectum habeant (1); cum nemo perperam locutus existimetur. Si ergo ex verbis necessario colligatur primogenium, licet expresse institutum non proponatur, attamen verba ad illud trahenda sunt, ne alioquin nullus sit verborum effectus. Posterioris regulae, qua verba ambigua ex testatoris consilio, seu ratione disponendi explicamus, veritas facilius elucescit, cum necessario media velit, qui finem assequi contendit; nec illa ab hoc nullatenus separari possunt.

(1) *L. Si stipulatus* 4. *ff. de usur.* (22. 1.), *l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 25.

Consilium autem testatoris potissimum dignoscitur ex proemio dispositionis: quare, si testator in primis dixerit, se eo animo esse, ut bona perpetuo conserventur in primogenitis familiae; vel prospicere velle familiae suae splendori per primogenii institutionem, tum de bonis suis inter aliquos primogenitos disposuerit, adjecta alienandi prohibitione, licet in verbis tantum enunciativis, ut ajunt, non in dispositivis, expresserit, se primogenium instituere, attamen de hoc cogitasse praesumetur (1). Hinc, quia initium constitutionis generale erat, licet deinceps personae tantum, et casus singulares commemorarentur, attamen, ad omnes personas, et omnes casus ejus sententiam extendi, respondit Paulus (2).

(1) *Argum. l. ult. ff. de haered. instituend.* (28. 5.), *l. ult. ff. de testamentar. tutel.* (26. 2.)

(2) *L. Regula est* 9. §. *ult. ff. de jur., et fact ignorant.* (22. 6.)

§. 26.

Interest autem, ut obiter dicamus, an quaeratur, utrum primogenium, an fideicommissum institutum fuerit, et adhuc duret; an disputetur, utrum bona primogenio supposita sint, an ab omni tum primogenii, tum fideicommissi vinculo soluta: duplex etenim discrimen esse potest inter utrumque casum: scilicet cum disceptatur de dispositione, utrum primogenialia sit, an fideicommissaria, seu utrum omnes ex familia, qui in proximo pari gradu constituti sunt, an solus ille, qui primo natus est, successionis emolumentum habere debeat, in dubio pro fideicommisso potius, quam pro primogenio respondendum videtur; quia consanguinei omnes ejusdem gradus aeque praesumuntur a testatore dilecti (1). Exceptio utique admittenda esset, si ex conjecturis appareret aliud voluisse testatorem; prout saepe contingit; praesertim in personis illustribus.

(1) *L. Omnia* 32. §. *ult.*, *l. Peto* 69. §. *Fratre haerede* 3. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 27.

Praeterea, cum jure Regio conjecturarum usus permittatur, quoties certa est primogenii, aut fideicommissi institutio, atque tantum dubitatur de personis, quas testator

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

ad illud vocare voluerit (1), nihil prohibet, quominus voluntatis conjecturae inspiciantur, ut cognosci possit, an omnes de familia eodem consanguinitatis gradu conjuncti ad successionem admitti debeant, an unus primo loco natus, caeteris exclusis.

(1) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 2. §. 26.*

§. 28.

Si autem dubitatio emergat, an primogenium adhuc duret, an cessaverit, atque ideo bona ad haeredes ultimi possessoris haereditario jure perveniant, seu de illis disponere potuerit, in dubio contra primogenium generatim respondendum videtur, quia odiosum est, non secus ac fideicommissum (§. 22.): atque speciatim apud nos ex conjecturis induci, aut produci vetatur (d. §. 22.), nisi ex earum numero sint, quae probationis vim habent, et necessario ad primogenium concludunt (§. 23.). Sed haec fusius explicanda sunt.

§. 29.

Cum ergo quaeritur, an primogenium perpetuum sit, in primis distinguunt pragmatici, utrum quaestio sit de eadem linea, an de diversis lineis. Perpetuum potius, quam temporale praesumendum esse in eadem linea primogenium, seu tamdiu durare, quamdiu supersunt personae ex linea primo vocata (1), plures sentiunt, sed repugnant alii, nisi urgentes faveant ad perpetuitatem conjecturae (2).

(1) *Argum. l. Omnia 32. §. ult. ff. de legat. 2.* (31. 1.)

(2) *Quia et haec primogenia odiosa sunt §. 22.*

§. 30.

Sed, si dubitatio emergat, an, una linea extincta, ad aliam progrediatur primogenium, rursus distingui debet, ut supra innuimus (§. 14.) inter primogenium reale, et personale. Reale perpetuum habetur, utpote quod rei inhaeret; adeoque transire debet res cum onere suo (1): nisi testatori aliud placuerit, quod tamen in dubio non praesumitur.

(1) *L. In omnibus caussis 68. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 31.

Si autem primogenium personale a testatore institutum fuerit, interest, utrum personae speciatim designatae sint, quibus primogenium acquiratur, an generalibus verbis demonstratae, quae comprehendant primogenitos omnes ab haerede progenitos, vel in familia comprehensos. In primo casu primogenium non egreditur personas nominatas, utique vero in secundo (1); quia in primo casu extensionem prohibet juris regula, quae voluntates testatorum tantummodo explicari sinit, non suppleri, ne testatoribus ipsis liberaliores interpretes sint (2): in altero autem aperte favet ipsiusmet testatoris voluntas, cui obsequendum est (3).

(1) *Argum. d. l. In omnibus caussis 68. ff. de reg. jur.*

(2) *L. Commodissime 10. ff. de liber. et posthum.* (28. 2.)

(3) *L. Si mihi, et tibi 12. §. ult. ff. de legat. 1.* (30. 1.), *l. In conditionibus 19. ff. de condit., et demonstr.* (35. 1.)

§. 32.

Si quaeratur, quo casu ex vi verborum omnes primogeniti demonstrati videantur, respondemus, hoc ita contingere, cum substitutus est primogenitus unius stirpis, vel familiae *in perpetuum:* aut vocati sunt primogeniti descendentes a testatore, vel haerede; licet enim testator verba direxerit ad personas, attamen satis ostendit, se considerasse omnes, qui sint ex stirpe, vel familia (1); cum stirps, et familia tamdiu duret, quamdiu aliqua ex his persona superest.

(1) *Argum. l. Jurisconsultus 10. §. Parentes 7. ff. de grad., et affinibus* (38. 10.), *l. Cognoscere 56. §. 1., l. Liberorum 220. in princip. ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 33.

Si autem testator vocaverit haeredis, vel alterius cujuscumque primogenitum, atque hujus primogeniti descendentes, vel etiam ejusdem primogeniti lineam in perpetuum, hoc casu perpetuum quidem est primogenium in descendentibus ab hoc primogenito, sed, extincta primogeniti linea, seu deficientibus omnibus descendentibus, cessat quoque primogenium; nec reviviscit in secundo, aut tertiogenito, vel illorum descendentibus, cum testator horum favore non disposuerit: adeoque dispositio ad eos extendi non potest (1). Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

(1) *D. l. Commodissime* 10. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.), *argum. l. Si, cum dotem* 22. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

§. 34.

Neque primogenium saltuarium de linea in lineam instituisse praesumitur testator, licet vocaverit haeredis primogenitum, et istius descendentes, vel lineam *in perpetuum;* haec etenim verba inducunt quidem primogenium perpetuum in linea, non tamen discursivum, ut ajunt, per plures lineas; cum verba, ex trito axiomate, ex subjecta materia explicari debeant, nec extendi ad ea, de quibus testatores, aut contrahentes verosimiliter non senserunt (1). Atque testatores, cum perpetuum in diversis lineis primogenium instituere volunt, primogenitum vocare solent, ejusque descendentes: primogeniti linea extincta, secundogenitum, ejusque liberos, et sic deinceps. Sane primogenium, favore agnationis institutum, praesumitur perpetuum, et progressivum in omnes lineas agnatorum: maxime si adsint verba perpetuitatem, ut ajunt, denotantia (2).

(1) *L. Obligatione generali* 6. *ff. de pignor.* (20. 1.)

(2) *Argum. l. Filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 35.

Quod si objiciatur, verbum *primogeniti* esse nomen juris, quod proinde aptum sit comprehendere omnes primogenitos; respondemus, hinc inferri quidem, primogenitos omnes ejusdem lineae vocatos esse, non diversarum linearum, ita ut, deficiente linea unius primogeniti, transire debeat in lineam secundogeniti, qui primogenitus in hoc casu fiat; quia extensio haec, potissimum jure, quo utimur, conjecturas reprobante in fideicommissis, vel primogeniis inducendis, vel producendis (1), nulla satis firma ratione nititur; cum verba ex mente testatoris explicanda sint potius, quam ex juris subtilitate (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 2. §. 26.

(2) *D. l. Commodissime* 10. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

§. 36.

Sane fatentur omnes, primogenium perpetuum non tantum verbis expressis, sed etiam facto, seu tacita voluntate institui posse (1): veluti si testator dixerit, se velle, ut bonorum successio ad vocatos deferatur, servato primogeniturae ordine; nihil enim aliud significat ordo primogeniturae, quam delatio successionis de primogenito in primogenitum; adeoque, cum verba ex voluntate proferentis intelligi debeant, potius quam ex eorum sono, testator de perpetuo primogenio favore descendentium, seu familiae sensisse praesumendus est, necessaria voluntatis conjectura (1): maxime quia primogenia in eadem linea plerumque perpetua praesumuntur.

(1) *Cum taciti eadem, ac expressi vis sit. L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. Ait Praetor* 5. §. 1., *l. In sententiis* 59. *in princip. ff. de re judicat.* (42. 1.), *junct. l. Omnia* 32. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 37.

Sed redeamus ad conjecturas, quibus perpetuum primogenium tacite inductum videri potest: si testator primogenitis proximioribus suae familiae bona reliquerit, quidam

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

putant, perpetuum ex hac dispositione primogenium induci; quia proximiores primogeniti ex familia nunquam deficiant; sed, uno defuncto, alius succedat. Verum, cum dispositio haec in primo gradu primogenitorum vim suam habere possit, nec nisi ex conjecturis, quae necessario non probant, ad ulteriores primogenitos extendatur, jure, quo utimur, conjecturas reprobante (§. 21.) primum gradum non egreditur.

§. 38.

Multo minus recipi potest, quod ajunt, primogenitos omnes de familia successive vocatos censeri, licet testator usus sit numero singulari, atque primogenitum vocaverit (1); quamvis enim verum sit, verbo singularis numeri testatores quandoque uti ad pluralem significandum (2), haec tamen interpretatio iis casibus non aptatur, quibus agitur de re odiosa, seu de vinculo primogenii ultra praefinitos certos limites producendo: potissimum si lex municipalis conjecturas rejiciat (§. 22.)

(1) *Molina de Hispan. primogenit. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 21.

(2) *L. Ex facto* 17. §. *Si quis rogatus* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Non est sine liberis* 148. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 39.

Si testator ante conditum testamentum professus fuerit, se primogenium pertetuum instituere velle, tum in testamento primogenitos quosdam nominatim vocaverit, vel alias dispositiones ordinaverit, ex quibus conjici possit, de primogenio sensisse, quidam defendunt, dispositionem hanc primogenialem censendam esse, dummodo per duos testes de hac praevia defuncti voluntate constet.

§. 40.

Supra diximus, majoratum improprium a primogenio differre, quatenus in majoratu semper succedit ille, qui major aetate, seu senior est; cum in primogenio lineae, seu jus primogenii inspiciatur potius, quam aetas (§. 17.). Atque hinc aliquando dubitari contingit, utrum testator ad jus, an ad factum, seu aetatem respexerit: adeoque utrum defuncto Titio, primogenii, vel majoratus possessore, ipsius filius admitti debeat, an patruus, defuncti possessoris frater, si aetate major sit.

§. 41.

Quaestio haec, ut patet, tota pendet ex voluntate testatoris, qui potest rebus suis, quam malit, legem dicere (1): in dubio autem testator praesumi debet potius de primogenio regulari, seu juris, quam de irregulari majoratu sensisse (2); quia ita postulat ordinatus charitatis ordo, ut descendentes primogenii possessoris praeferantur consanguineis collateralibus: quo fundamento tacitam liberorum conditionem leges subintelligunt in fideicommissis, etiam odio patrui (3).

(1) *L. Si mihi, et tibi* 12. §. *ult. ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(2) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaest.* 20. *num.* 1., *V. Tom. VIII.* §. 992., *et* 993. *pag.* 244.

(3) *L. Cum avus* 102. *ff. de condit. et demonstr.* (35. 1.), *l. Cum acutissimi* 30. *cod. hoc tit.*

§. 42.

Si testator vocet antiquiorem de domo, vel seniorem aetate, his verbis plerumque significatur majoratus irregularis, seu facti, et saltuarius, ita ut admittatur ille, qui major aetate est, licet de alia linea, atque patruus aetate major nepotem excludat (1); quia ex judicio testatoris aetas inspici debet, non jus primogenii, quod a primogenito in suos descendentes primogenitos transfertur.

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 3. *num.* 17. ✠ *V. Tom. VIII.* §. 994., *et seqq. pag.* 245.

§. 43.

Sed et regula haec exceptionem habet, si constet testatorem verba haec ad jus, non ad factum retulisse: puta si testator in prooemio, seu enunciativa, ut ajunt,

parte professus fuerit, se velle primogenium instituere (1); tum quia verba perperam adjecta non praesumuntur, sed ita explicanda sunt, ut aliquid operentur (2), tum quia majoratus saltuarius plura secum trahit incommoda: adeoque testator non censetur ad illud deflexisse, nisi apertis verbis voluntatem hanc demonstraverit.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

(1) *V. supra* §. 23. *in corp., et in allegat.*

(2) *L. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 44.

Major difficultas est, cum testator ad fideicommissum vocavit *majorem natu:* sunt, qui putant, sub hac dispositione contineri majoratum irregularem, seu facti: placet aliis, primogenium regulare hisce verbis induci; quia, ut supra diximus (§. 16.), idem sit primogenitus, ac major natu. Quaestio haec tota facti est, et voluntatis: atque ideo prudentis judicis arbitrio, inspecto testantis consilio, nec non caeteris verbis, quibus usus est, definienda (1). Quod si aliunde non appareat, testatorem de irregulari majoratu, seu primogenio facti instituendo sensisse, verba haec ad regulare primogenium, utpote naturali charitati, et legum civilium sanctioni magis consentaneum (§. 32.), flecti debent.

(1) *L. Voluntatis* 7. *cod. hoc tit.*

§. 45.

Caeterum, cum quaestiones de primogeniis, non secus ac illae, quae de fideicommissis instituuntur, pleraeque pendeant a testatoris, vel alterius primogenium instituentis voluntate, una, et generali regula omnes definiri nequeunt: sed ad judicis officium pertinet, singulis rerum, et personarum adjunctis rite perpensis, eas definire (1). Progredimur ad personas, quarum favore primogenia institui possunt, vel instituta praesumi debent.

(1) *L. Voluntatis* 7. *cod. hoc tit.*

CAPUT III.

Quibus personis primogenia acquiri possint.

SUMMARIA.

Primogenia iisdem regulis, ac fideicommissa reguntur. §. 46.

Filii legitimati ad primogenium admittuntur; immo filii naturales primogeniti, atque deinceps legitimati per subsecutas nuptias, praeferuntur filiis postea natis. §. 47.

Monachi utrum ad primogenia admittantur? Quid de clericis? §. 48.

An primogenium juxta ordinem primogeniturae institutum pertinere possit ad furiosum, vel alias inhabilem? §. 49.

Primogenium constitutum in bonis, quae nec administrationem, nec personae industriam desiderant, ex morbo superveniente non aufertur. §. 50.

Quid si morbus praecedat delationem primogenii, quod constet bonis nec jurisdictionem, nec administrationem annexam habentibus? §. 51.

Primogenium jam delatum non aufertur ex caussa supervenientis furoris, licet jurisdictio primogenio annexa sit: per curatorem administratio exerceri potest. §. 52.

An furioso denegandum sit primogenium in feudo institutum? §. 53., *et* 54.

Leges municipales, vel consuetudines alicubi furiosos excludunt a successione primogenii in feudo instituti. §. 55.

§. 46.

Cum alibi fuse egerimus de personis, quae fideicommissorum capaces sunt (1); eaedem vero juris regulae serventur in primogeniis, quippequae a fideicommissis in

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

hoc argumento non differunt, vix est, ut sermonem de illis instituere praestet: quaedam tamen monenda putamus, quae non ita perspicua sunt, aut minus certa videri possunt.

(1) *Tom. VIII.* §. 806., *et seqq. pag.* 200.

§. 47.

Atque imprimis revocandum, quod alibi diximus, filios legitimatos aeque ac legitime natos ad primogenium admitti (§. 863. 8.): immo filium naturalem primogenitum, atque deinceps legitimatum per subsecutas nuptias praeferri filio postea nato, licet hic ex legitimo matrimonio procreatus sit (1): quod plerique extendunt ad legitimationem Principis rescripto impetratam, nisi primogenii institutor eos tantummodo vocaverit, qui *vere* legitimi sint, vel ex legitimo matrimonio progeniti (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 391. §. 1310.

(2) *D.* §. 1310. *allegat.* 1., *junct.* §. 1035., *et* 1036.

§. 48.

Quod ad monachos pertinet, alibi diximus, in quibusdam locis ad fideicommissa, nisi testator expresse vel tacite aliter caverit, adeoque et ad primogenia admitti, alibi ab utrisque arceri ad familiarum, ut ajunt, conservationem (1): clericos vero, licet in sacris ordinibus constitutos, tum fideicommissi, tum primogenii acquirendi plerumque capaces esse (2); atque facilius primogenium jam quaesitum conservare, si sacros ordines deinde suscipiant (3): clericorum filios ante susceptionem sacrorum ordinum procreatos ad primogenia, non secus ac fideicommissa, admittendos esse, nemo est, qui neget (4). Sed in his ulterius non immoramur.

(1) *V. Tom. VIII.* §. 1061. *ad* 1065. *pag.* 260.

(2) *D. Tom. VIII* §. §. 1066. *pag.* 261.

(3) *D. Tom. VIII.* §. 1067., *et* 1068. *pag.* 261.

(4) *D. Tom. VIII.* §. 1069. *pag.* 262.

§. 49.

Quaerit Thesaurus, an primogenium juxta ordinem primogeniturae institutum pertinere possit ad furiosum, vel alias inhabilem (1): atque in primis distinguit, utrum jus primogenii consistat in feudo, vel aliis bonis, in quibus administratio, vel industria personae requiratur, nec ne: in primo casu rursus distinguendum putat, an de jure quaerendo, an vero de jure jam quaesito agatur; seu an primogenium deferatur ei, qui furiosus est, an post acquisitum primogenium quis furiosus fiat, vel ex alio capite administrationi inhabilis (2).

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 62. *num.* 1.

(2) *Thesaur. d. num.* 1.

§. 50.

Si primogenium constitutum fuerit in bonis, quae nec administrationem, nec personae industriam desiderant, atque jam morbus post d. tum primogenium contingat, fatentur omnes, non ideo auferendum esse ab eo, qui illud legitime possidet (1); ut enim alibi demonstravimus, negotium, quod omnino perfectum est, non fit irritum, quamvis incidat in eum casum, a quo initium capere non potuisset (2).

(1) *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num.* 6.

(2) *Argum.* §. *Ex contrario* 14. *instit. de legat.* (2. 20.)

§. 51.

Quin immo recte sentit Thesaurus, successionem primogenii, quod constet bonis, nec jurisdictionem, nec administrationem annexam habentibus, minime denegandam esse ei, qui furiosus, vel alio gravi morbo laboret, dato utique curatore, per quem bona administrentur, atque creditoribus, si qui sint, fiat satis (1); non enim praesumi

potest testator a liberalitate excludere voluisse eum, qui majori commiseratione dignus est, atque magis indiget. Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

(1) *Thesaur. d. lib. 2. quaestion.* 62. *num.* 1.

§. 52.

Difficilior videri potest solutu quaestio de primogenio in bonis jurisdictionem, vel administrationem requirentibus, puta feudalibus constituto. Si furore quis corripiatur, postquam primogenii jus quaesivit, aequior, et magis tuta est sententia affirmantium, neque primogenii jus, neque emolumentum ei auferendum esse, sed dandum curatorem, qui furiosi nomine administret (1); quippe huic etiam casui aptatur juris regula superius proposita, qua traditur, negotium plane absolutum subsistere, licet ad eum casum deveniat, a quo non potuisset incipere (§. 50.)

(1) *Thesaur. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num.* 4., *et* 6. ✠

§. 53.

In alio casu, quo furor primogenii delationem praecedat, non consentiunt interpretes. Quidam indistincte putant, furiosum repellendum esse a primogenio in feudo (1): atque nituntur tum praesumpta voluntate primogenium instituentis, qui vix credi potest ea mente fuisse, ut feudum hoc perveniat ad eum, qui administrando incapax est: tum legibus feudorum, juxta quas a muto; surdo, coeco, claudo, vel alias imperfecto feudum retineri non posse, quidam sentiunt (2).

(1) *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num.* 2., *et* 3.

(2) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 36. *an mutus, vel alias imperf. feud. retin.*

§. 54.

Distinguunt alii, an morbus talis sit, ex quo non temere speretur futurum, ut quis convalescat; an vero insanabilis. In primo casu furiosum admittunt ad primogenium rebus feudalibus constans, repellunt in alio (1). Postremo quidam in utroque casu pro furioso respondent. Sententia haec summam aequitatem pro se habet; nec aliena est a consuetudinibus feudorum; cum certum jus in hac re non constituatur, sed alii ab aliis dissentiant (2). Neque furiosus, aut mente captus a primogenio in feudis repellendus est, quia feudi onera implere per se non possit; sufficit si per alium impleantur (3).

(1) *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num. ult.*

(2) *V. feudor. d. lib.* 2. *tit.* 36. *an mut. vel alias imperfect. etc.*

(3) *L. Pupillus* 5. §. *Sed si per interpositam* 3., *L. Quod diximus* 7. *ff. de auctoritat. et consens. tutor.* (26. 8.)

§. 55.

Haec ita, nisi lege municipali, vel legitime inducta consuetudine aliud receptum sit, prout quibusdam in locis obtinet: quo sane casu bona feudalia, et primogenialia deferuntur ad sequentes in gradu succedendi sine onere (1); cum proprio jure, atque ex propria persona succedant.

(1) *Thesaur. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num. ult.*

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

CAPUT IV.

Quibus personis primogenia acquirantur.

SUMMARIA.

Cur saepe dubitetur, quibus personis competat jus succedendi in primogeniis? §. 56.

In primogeniis appellatione masculorum, vel descendentium masculorum, generatim comprehenduntur masculi ex foeminis, licet foeminae exclusae sint. §. 57.

Testator vocans masculos ex masculis, vel descendentes per lineam masculinam demonstrat, solos masculos ex masculis ad primogenium admittendos esse. §. 58.

Masculus ex foemina primogenitus admittitur ad primogenium, si testator, facta haeredis substitutione, vocaverit ejus primogenitos successive in infinitum. §. 59.

Proponitur quaestio, an masculus ex primogenita testatoris filia descendens, seu pronepos praeferri debeat in primogenio filiae tertiogenitae testatoris adhuc superstiti. §. 60., *et* 61.

Masculus primogenitus ex filia primogenita descendens non excludit filiam tertiogenitam, cui per mortem secundogenitae absque liberis masculis jus ad primogenium quaesitum est. §. 62.

Primogenia simplicia in suspenso esse non possunt, nisi adsit probabilis, et proxima spes nascituri primogeniti masculi ex foemina. §. 63.

An nepos excludat amitam, si testator haeredi substituerit masculos ex ipso progenitos: eisque deficientibus foeminas, seu filias? §. 64., *et* 65.

Filia primogenita excludit masculum alterius filiae a primogenio, quod filiabus primum, tum earum primogenitis masculis acquiri debet. §. 66., *et* 67.

Jus alteri quaesitum non aufertur favore illius, qui nec natus, nec conceptus erat, cum extitit fideicommissi conditio. §. 68.

Testator, qui ad agnationem conservandam respexerit, masculos ex linea masculina masculis per foeminas descendentibus in primogenio praeferre censetur. §. 69.

An primogenita, quae sit in linea ultimi possessoris, excludat masculum alterius lineae, si primogenium erectum sit pro masculis, et foeminis, sed data masculis praelatione? §. 70., *et* 71.

Proponuntur diversae species, seu distinctiones ad hanc rem spectantes. §. 72.

Nepos amitae praeferendus est, cum ultimus primogenii possessor reliquit filiam, et nepotem ex altera, dummodo natus, vel conceptus fuerit eo tempore, quo fideicommissi conditio extitit. §. 73.

Nepos quoque praefertur foeminae, si ultimus primogenii possessor nullos reliquerit liberos suos, sed filium ex uno fratre, et filiam ex altero. §. 74.

Filia ex ultimo possessore superstes excludit filium ex altero fratre propter lineae ingressae, et actualis praerogativam. §. 75.

Masculus lineae ingressae praefertur alteri masculo, qui proximior sit in ordine succedendi ultimo possessori primogenii. §. 76.

Patruus praefertur nepoti, si testator caverit, ut primogenium transeat de antiquiore in antiquiorem. §. 77.

Masculus primo loco natus excludit masculum ex Titia primogenita in lucem post editum, cum testator, agnatis deficientibus, primum masculum vocavit. §. 78.

Foemina, quae sit in linea actuali, praefertur masculo alterius lineae, tametsi adjecta fuerit primogenito clausula, ut nepos patruum excludat. §. 79.

Clausula, qua testator primogenitum masculum aliis praeferendum cavet, et post hos foeminas tantum admittit, solam importat praelationem masculorum in eadem linea. §. 80.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

Neptis, quae sit in linea ingressa, et actuali, excludit patruum a successione feudi, quod concessum sit pro masculis, et foeminis, licet sub expressa conditione, ut masculi foeminis praeferantur. §. 81., et 82.

Feuda titulo lucrativo acquisita foeminis denegantur, quamdiu adsunt masculi descendentes a primo investito. §. 83.

Pater, qui titulo oneroso feudum acquisivit, atque Principis consensu primogenio supposuit, potest quodam onus primogenito injungere, non impetrata a Principe facultate. §. 84.

Feudo, in quo primogenium constitutum non sit, licet concessum fuerit pro masculo, et foeminis, foeminae non succedunt, nisi deficientibus masculis. §. 85.

Quid de primogeniis, quae municipalis sanctio induxit in feudis primogenii vinculo ab homine neutiquam suppositis? §. 86.

An proximior ex uno latere, remotior ex altero, possit utrumque cognationis gradum simul jungere? §. 87.

Linea actualis, vel habitualis quae dicatur? §. 88.

Qui sint lineae actualis, et habitualis effectus? §. 89., et 90.

Lineae praerogativa, atque ideo proximitas in primogeniis inspici debet. §. 91.

Primogeniti nomine, cujus filium, deficientibus masculis, vocavit testator, filia mediata masculi prius vocati potius demonstratur, quam filia immediata. §. 92.

Secundogeniti appellatio primogenito in odium substituti accommodari non potest. §. 93.

Nepos in secundogeniis, aeque ac primogeniis patruum excludit. §. 94.

Quid si duo gemini nati sint, nec certo constet quis prius, aut posterius in lucem editus fuerit? §. 95.

Quae de legatis, et fideicommissis exponenda supersint? §. 96.

§. 56.

Cum primogenia, non secus ac fideicommissa, instituentis voluntate, per plures personas, atque diversos personarum gradus plerumque progrediantur, saepius incertae sunt personae, ad quas pervenire debeant; seu quas testator in primogenio praeferre voluerit. Quaestiones difficiliores, nec non frequentiores, tum ex quibus aliarum solutio peti potest, expendemus.

§. 57.

Supra diximus (§. 13.), ad primogenium aliquando vocari solos masculos: aut saltem foeminas non admitti, nisi omnino deficiant masculi. An vero masculorum nomine tantum contineantur masculi ex linea masculina progeniti, an illi etiam, qui ex foeminis descendunt, quaestio est a voluntate testatoris omnino pendens: sane in fideicommissis, atque etiam in primogeniis appellatione masculorum generatim comprehendi masculos ex foeminis, licet foeminae exclusae sint, apud nos extra dubium est (1): nisi testator expresse, vel tacite demonstraverit, se de solis masculis per lineam masculinam descendentibus sensisse: et merito; cum masculos progenitos ex foemina parentes aeque diligere praesumantur, ac ex masculis descendentibus procreatos.

(1) *V. Tom. VIII.* §. 894. *ad* 898. *pag.* 222.

§. 58.

Expresse demonstrat, solos masculos ex masculis ad primogenium admittendos esse testator, qui vocat masculos ex masculis, vel descendentes per lineam masculinam: non vero si tantum caverit, ut bona transeant de masculo primogenito in masculum primogenitum in infinitum; quia qualitas masculinitatis, ut ajunt, in masculis, qui

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

ex linea foeminina descendunt, seque reperitur (1): atque facilius conservatur primogenium, prout fieri decet (2), si tum masculi ex masculis, tum masculi ex foeminis admittantur (3).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 899., *et* 900. *pag.* 223.

(2) *Argum. l. Quoties in actionibus* 12., *l. Ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)

(3) *D. Tom. VIII.* §. 911. *pag.* 225.

§. 59.

Hinc masculum ex foemina primogenitum admittendum diximus ad primogenium his verbis a testatore institutum: *Sempronius haeres esto, cui decedenti substituo filium primogenitum Titii, et post ipsum ejus filium primogenitum, qui erit, et pro tempore fuerit, et ita successive in infinitum;* quia masculus ex foemina non utique immediate, sed mediate, seu per foeminam, quae in medio reperitur; non inepte dicitur primogenitus Titii (1): adeoque cum testator in dubio praesumatur omnes descendentes sive per masculos, sive per foeminas aeque diligere (§. 57.), non censetur de masculis immediatis sensisse, nisi satis aperte demonstraverit.

(1) *V. Tom. VIII.* §. 912., *et* 913. *pag.* 226.

§. 60.

Sed, ut haec singularibus facti speciebus facilius accommodentur, quasdam expendamus. Testator ad primogenium vocavit filios suos masculos, et successive primogenitos masculos eorumdem filiorum: his vero decedentibus sine masculis ex linea masculina, substituit filiam primogenitam, atque primogenitum masculum ex ea nasciturum, et successive masculos primogenitos ex linea masculina: hac vero sine masculis decedente, secundogenitum vocavit, et successive filiam tertiogenitam, si masculus ex secundogenita nullus sit.

§. 61.

Filiis masculis testatoris sine prole defunctis, primogenium ad filiam primogenitam pervenit: tum haec decessit sine masculis, sed relicta filia Sempronia: atque interim primogenio potita est filia testatoris secundogenita: deinceps Sempronia filiam procreavit, ex qua natus est Cajus masculus. In his rerum adjunctis dubitatio emergit, an Cajus filius masculus ex primogenita testatoris filia descendens, seu ejus pronepos praeferri debeat in primogenio filiae tertiogenitae testatoris adhuc superstiti. Pro Cajo facere videtur, quod is vere sit masculus ex primogenita descendens; testator autem masculos perpetuo ad primogenium invitaverit prae foeminis.

§. 62.

Sed, si voluntas testatoris penitus inspiciatur, pro filia tertiogenita respondendum videtur; duplici potissimum fundamento. 1. Quia testator primogenium deferri voluit masculo primogenito alterius ex filiabus suis; Cajus autem masculus quidem ex primogenita descendens dici potest; non vero masculus primogenitus, descendens a masculo primogenito, seu ex linea masculina. 2. Quia, etiamsi concedatur, testatorem ad hunc masculum filiae primogenitae pronepotem respexisse, cum tamen nec natus, nec conceptus esset eo tempore, quo decessit primogenita filia, atque fideicommissi conditio favore secundogenitae extitit, non potest excludere filiam tertiogenitam, cui in casum mortis secundogenitae absque liberis masculis jus ad primogenium ex testatoris dispositione quaesitum est (1).

(1) *L. Titius* 6. *ff. de suis, et legitim. haered.* (38. 16.), *Fab. cod. de verbor. signific. lib.* 6. *tit.* 19. *definit.* 2. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*

§. 63.

Neque objiciatur, quod alibi diximus, primogenia simplicia, si modo vacent, non per culpam, sed per mortem gravati, in suspenso esse posse, quamdiu adest spes masculi

nasciturі (1); ut enim ibi animadvertimus, dilatio haec non admittitur, nisi cum adest Inst. l. 2.
probabilis, et proxima spes nascituri primogeniti masculi ex foemina (2); in specie au- tit. 23.
tem, quam pertractamus, diuturno nimium tempore primogenii jus pendere debuisset; ff. l. 36.
quod a testatoris voluntate alienum merito existimatur: praeterquamquod mora haec tit. 1.
non admittitur, cum testator alios ad primogenium vocavit, si gravatus sine liberis de- Cod l. 6.
cedat (3). tit. 42.

(1) *V. Tom. VIII.* §. 938. *pag.* 232.
(2) *D.* §. 938., *et* 939. *pag. ibid.*
(3) *V. ibid.* §. 941. *pag. ibid.*

§. 64.

Quaestioni huic affinis est altera Thesauro juniori proposita. Mater haeredem universalem instituit filium: eique substituit filios suos masculos; filias vero, si deficerent masculi ex filio haerede instituto. Cum vero inter caetera bona haberet furnum egregii valoris, quem apud posteros suos integrum conservari peroptabat, in primis omnem ejus alienationem, permutationem, et divisionem prohibuit, tum adjecit, eum perpetuo esse debere apud filium, ejusve filios, vel filias non apud omnes, sed apud primogenitum masculum. Filius haeres a matre scriptus tres filias reliquit: ex tertiogenita natus est masculus: quaesitum est, an huic masculo furnus deberetur, an primogenitae filiae adhuc superstiti (1).

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 84. *in princip.*

§. 65.

Existimat in hac quaestione Thesaurus, masculum filium ex tertiogenita praeferendum esse filiae testatoris primogenitae, seu amitam a nepote excludi; ex praesumpta testatoris voluntate, ut masculi foeminis semper praeferantur: hoc porro testatoris consilium probat. 1. Quia in substitutione foeminas non vocavit, nisi deficientibus masculis. 2. Quia alienationem furni prohibendo addit, perpetuo esse debere in linea masculia, et penes seniorem, seu primogenitum: quod et repetit in fine dispositionis (1): praeterquamquod, subjicit idem Thesaurus, testator in sequentibus substitutionibus, quas ordinavit in casum, quo descendentes omnes deficiant, masculos foeminis praetulit; ex quo sumi potest voluntatis conjectura pro priori substitutione favore masculorum.

(1) *Thesaur. d. lib.* 3. *quaest.* 84. *num.* 2., *et* 3.

§. 66.

Verum, tum verbis, tum consilio testatoris inspecto, pro filia primogenita respondendum videtur; nam testator utique cavit, ut furnus perpetuo sit apud primogenitum masculum filiarum suarum, sed filias ipsas in primis vocavit ad primogenium: ex quo constat, ad primogenitum masculum pervenire non debere, nisi postquam uni ex filiabus quaesitus fuerit (§. 64.); ut ita personae proximiores, atque ideo magis dilectae testatori praeferantur remotioribus, et minus dilectis (1); alioquin substitutio favore filiarum ordinata nullos pareret effectus (2).

(1) *L. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(2) *V. quae de his disputavimus Tom. VIII.* §. 1000., *et seqq. pag.* 246.

§. 67.

Ergo masculis utique furnus acquiri debet, et perpetuo manere apud primogenitum masculum, sed post filias, quas ad primogenium testatrix vocavit statim post filios suos: semel autem ac ad masculum primogenitum ex filia pervenerit, eodem successionis ordine masculis primogenitis ex priore masculo descendentibus acquiretur. Sane testator in proposita specie (§. 64.), deficientibus liberis masculis ex filio, haerede scripto, non substituit in primis masculum primogenitum, sed filias; ex quo satis demonstravit, nec filium matri, nec nepotem amitae praeferendum esse (1).

(1) *Prout fateri videtur idem Thesaur. d. lib.* 3. *quaest.* 84. *num.* 7.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

§. 68.

His ita firmatis, superfluum est inquirere (1), an masculus superveniens filiam primogenitam, quae jam sit in primogenii possessione, excludat; tum quia, ut modo diximus (§. praeced.), neque eam excluderet masculus, tametsi jam natus esset, cum extitit primogenii conditio; tum quia, ut alibi demonstravimus, jus alicui semel in fideicommisso, vel primogenio quaesitum non aufertur, ut alteri detur, qui nec natus, nec conceptus erat eo tempore, quo conditio extitit (2): nisi testatorem ita sensisse demonstretur (3).

(1) *Prout expendit Thesaur. d. lib. 3. quaest. 84. num. 4., et seqq.*

(2) *V. Tom. VIII. §. 812. pag. 201.*

(3) *D. Tom. VIII. §. 813. pag. 201.*

§. 69.

Non tantum expresse, sed etiam tacite aliquando testatores foeminis masculos, vel masculos ex linea masculina masculis per foeminas descendentibus in primogeniis praeferunt (§. 57.): puta si ad agnationis decus, et conservationem respexerint, dummodo consilium hoc ab allegante probetur (1); cum facti sit (2), immo naturali parentum erga liberos omnes, et descendentes cujuscumque sexus caritati adversum (3). Quibus autem indiciis contemplata judicetur, nec ne agnatio, alibi expendimus (4).

(1) *L. 1. cod. de conditionib. insert.* (6. 46.)

(2) *L. Ab ea parte 5., l. Quoties operae 18. ff. de probationib.* (22. 3.)

(3) *L. Non solum 67. §. 1. ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. penult. in fin. princip. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(4) *V. Tom. VIII. §. 903., et seqq. pag. 224.*

§. 70.

Si primogenium erectum sit pro masculis, et foeminis; ita tamen, ut masculi foeminis semper praeferantur, quaeri potest, an primogenita, quae reperitur in linea ultimi possessoris, excludat masculum alterius lineae. Testator ex bonis tum feudalibus, tum allodialibus primogenium instituit, atque ad illud, juxta ordinem primogeniturae, idest ut decedente primogenito absque liberis succederet secundogenitus, et ita tertiogenitus, et quartogenitus, vocavit haeredes suos masculos, et foeminas, ita tamen ut masculi semper foeminis praeferantur. Defuncto testatore, relictis quatuor filiis, juxta ordinem primogeniturae vocatis, et institutis, primus cessit jura sua secundo, qui in vim renunciationis bonorum possessionem adeptus fuit: decessit postea tertiogenitus, dum adhuc viveret secundus superstitibus ex illo duobus filiis masculis; postremo vita functus est secundogenitus absque liberis masculis, sed superstites relinquens duas filias (1).

(1) *V. Thesaur. quaestion. forens. lib. 2. quaest. 11. in princip.*

§. 71.

Quaestio hinc orta est inter filiam primogenitam secundogeniti, atque filium primogenitum tertiogeniti. Contendebat illa, primogenium, tamquam ex linea ultimi possessoris, eique proximiori sibi deberi ad exclusionem masculi ex tertiogenito descendentis utpote ex alia linea, atque remotioris ultimo possessori: contra masculus potiora sua jura asserebat, utpote habens qualitatem masculinitatis a testatore requisitam. Quaestio proinde eo reducitur, an praelatio masculorum in omni casu volita fuerit a testatore, idest etiamsi masculus ex alia linea sit, atque ultimo possessori remotior, an in eo tantum casu, quo masculus, et foemina constituti sint in pari succedendi gradu, aut saltem in eadem linea, vel neuter in linea ultimi possessoris.

§. 72.

Ut quaestionis propositae status facilius percipiatur, diversae species secernendae sunt: nempe 1. Fingi potest, possessorem primogenii decessisse relicta filia, et nepote

ex altera filia: vel 2. Ex defuncto nullos superesse filios, nec masculos, nec foeminas, sed ex duobus defuncti fratribus adesse liberos; ex uno quidem masculos, ex alio vero feminas: vel 3. Prout in specie, quam post Thesaurum expendimus (§. 70.), ex ultimo possessore superstitem esse filiam, ex alio autem fratre superesse masculum.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

§. 73.

In prima specie, qua ultimus primogenii possessor decessit, relicta filia, et nepote ex altera, consentiunt omnes nepotem amitae praeferendum esse (1); quia nepos habet pro se qualitatem masculinitatis: nec amita habet pro se praerogativam lineae; cum nepos in eadem quoque linea constitutus sit: atque jure repraesentationis in eodem gradu, ac amita constitutus reputetur (2): quare praeferri debet in primogenio, ad quod testator foeminas non nisi masculis deficientibus, vocavit: utique si natus, vel conceptus fuerit eo tempore, quo fideicommissi conditio extitit (3).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 1004. *pag.* 247.

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1. *fer. in med.*

(3) *V. d. Tom. VIII.* §. 1005. *pag.* 247.

§. 74.

Pro nepote etiam respondendum est in secunda specie, qua fingitur postremus primogenii possessor decessisse, nullis omnino liberis superstitibus, sed relicto filio ex uno fratre, et filia ex altero (§. 72.); quia et pro eo vigent modo allata argumenta; nempe non vinci a foemina ex lineae praerogativa, cum neuter sit in linea actuali; et in eodem succedendi gradu positum esse; ut proinde ex sexus praerogativa, a testatore praedilecta, foeminam vincere debeat.

§. 75.

Sed potior esse videtur foeminae conditio in tertia specie, qua fingitur, ex ultimo possessore superstitem esse filiam prae masculo ex possessoris fratre (1): etenim foemina pro se habet lineae ingressae, et actualis praerogativam, quae a testatore praedilecta censetur: nimirum praelatio masculorum ex mente testatoris ad eos casus coercenda est, quo sint in eadem linea, vel quo nec ipsi, nec foeminae sint in linea actuali, et ingressa. Atque hinc Senatus in possessorio judicio pro foemina, seu filia, et haerede ultimi possessoris pronunciavit licet de feudo ageretur (2). Sane jure, quo utimur, cautum est, ut in primogeniorum successione primo inspiciatur linea, tum gradus, nec nisi tertio loco sexus (3).

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaestion.* 12. *num.* 9., *et ult.*

(2) *Thesaur. d. lib.* 2. *quaest.* 11. *num.* 7. ✠. *V. Tom. VIII.* §. 978., *et* 979. *pag.* 242.

(3) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 2. §. 13. *V. Tom. VIII.* §. 974., *et seqq pag.* 241.

§. 76.

Atque hinc, ut obiter dicamus, masculus lineae ingressae praefertur alteri masculo, qui proximior sit in ordine succedendi ultimo possessori primogenii, seu nepos patruo praefertur (1), licet pater nepotis mortuus sit ante possessorem: adeoque patruus, utpote possessoris filius, proximior est nepote respectu avi; quia in primogeniis proximitas non computatur, prout in successione intestata, in qua filius constituit primum gradum, nepos secundum, et ita deinceps: sed quilibet ex filiis suum gradum constituit: nimirum primogenitus cum suis descendentibus constituit primum succedendi gradum, secundogenitus cum suis descendentibus secundum gradum: quo fit, ut sub appellatione primogeniti veniant omnes ejus descendentes, tamquam de linea praedilecta (2).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 965., *et seqq. pag.* 240.

(2) *D. Tom. VIII.* §. 976. *pag.* 241.

Instit. l. 2 tit. 23. ff. l. 36. tit. 1 Cod. l. 6. tit. 42.

§. 77.

Haec tamen regula de praelatione nepotis exceptionem habet, si testator aliud servari voluerit: atque hinc tradit Thesaurus, patruum praeferri nepoti, cujus pater mortuus sit ante ultimum fideicommissi possessorem, si testator caverit, ut primogenium transeat de antiquiore in antiquiorem; vel ut succedat major de domo, seu antiquior (1). Sane in majoratu saltuario, ut ajunt, omnes fatentur, patruum, si modo senior sit, nepoti praeferri (2). An autem testator majoratum, an primogenium instituere voluerit, quaestio facti est (3), ex verbis, atque potissimum ex consilio testatoris dijudicanda (4).

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 1. *quaest.* 35. *num.* 36., *et ult.* ✠, *et lib.* 2. *quaest.* 20. *num.* 3., *et* 4. ✠

(2) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 2., *quaest.* 20. *num.* 4. ✠

(3) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 35. *num* 43.

(4) *V. supra* §. 40., *et seqq.*

§. 78.

Sed quid, si testator ad primogenium in primis vocaverit agnatos, his vero deficientibus, primum masculum ex Titia, et Seja neptibus ex fratre suo nasciturum? Praeferendusne est masculus primo loco natus ex Seja secundogenita, an masculus ex Titia primogenita deinde in lucem editus? Potior videtur caussa filii ex secundogenita primo nati (1); quia is vere est primus masculus ex Titia, et Seja genitus: non vero alter postea natus ex filia primogenita: potissimum quia neuter ex masculis in hac specie habet praerogativam lineae ingressae, atque ex propria persona veniunt.

(1) *Argum. eorum, quae alibi disputavimus Tom. VIII.* §. 877. *ad* 880. *pag.* 217.

§. 79.

Exceptionem quoque, et potiori quidem ratione, habet prior regula de praelatione foeminae, quae sit in linea actuali (§. 74.), masculo alterius lineae, si testatori aliud placuerit: cum in primogeniis, utpote ad conservationem, et decus agnationis institutis, plerumque masculi foeminis praeferantur a testatoribus. Sed voluntas haec erui non potest ex clausula primo gravato adjecta, quod nepos praeferatur in primogenii successione patruo: cum immo potius denotet linealem successionem, quam praelationem masculi alterius lineae foeminae lineae actualis (1).

(1) *V. supra* §. 74. *in corp.*, *et allegationib.*

§. 80.

Idem ferendum est judicium de alia clausula, qua testator primogenitum masculum aliis praeferendum caveat, et post hos foeminas tantum admittat; haec quippe clausula, si attente perpendatur, solam importat praelationem masculorum in eadem linea, non vero masculi, licet ex masculo sit, alterius lineae odio foeminae, quae constituta reperiatur in linea ultimi possessoris; quia, ut toties diximus, praelatio masculorum, sive primogeniti sint, sive secundo, et ulterius geniti, de eo tantum casu intelligi debet, quo masculi, et foeminae sint in eadem linea (1); ne alioquin primogenium saltuarium inducatur, quod plura secum trahit incommoda.

(1) *Argum. Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 2. §. 13.

§. 81.

Ex his, quae hactenus disputavimus, satis constat, masculum, immo et foeminam aliquando ad primogenium admitti, licet testatori remotiores sint in ordine succedendi; cum nepos, immo et neptis patruo praeferatur, qui sane proximior est patri suo, quam nepos, vel neptis avo (§. 76.). Sed sciscitari quis potest, an idem jus vigeat in feudis, idest an neptis, quae sit in linea ingressa, et actuali, excludat patruum a successione feudi, quod concessum sit pro masculis, et foeminis, sub expressa tamen conditione, ut masculi foeminis praeferantur?

§. 82.

Cum de lineae ingressae praerogativa alibi ageremus (1), eandem regulam in feudis concessis pro masculis, et foeminis, licet adjecta masculorum praelatione, servandam esse demonstravimus, ita ut neptis patruo praeferatur, si primogenium ex hominis dispositione, obtenta prius a Principe ita primogenia in feudis erigendi licentia, inductum sit; tum quia feudum est veluti accessorium primogenii, adeoque illius leges sequi debet (2), tum quia alioquin inutilis esset facultas a Principe tributa, primogenium instituendi in bonis feudalibus, si ex legibus feudalibus quaestio de primogenio esset dijudicanda.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

(1) *V. Tom. VIII.* §. 980., *et seqq. pag.* 242.

(2) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaestion.* 12. *num.* 25., *argum. l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 83.

Quod si objiciantur feudorum leges, seu consuetudines, quibus traditur, foeminam non succedere in feudo, quod quis acquisivit pro se, et haeredibus suis masculis, et his deficientibus, pro foeminis, quamdiu superest masculus descendens ab eo, qui primo fuit investitus (1), responderi potest, definitionem hanc pertinere ad feuda ex Principis beneficio concessa, nec quibus Princeps facultatem speciatim indulserit instituendi primogenium; quia, ut modo diximus (§. praeced.), alioquin facultas disponendi de feudo in primogenium inutilis fieret: vel ad ea, quae titulo lucrativo quaesita sunt (2).

(1) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 17. *de eo, qui sibi, vel haeredib. suis.*

(2) *Boscol post Deluca de feudis artic.* 2. *num.* 127.

§. 84.

Atque hinc jure, quo utimur, cautum est, ut illi, quibus facultas competit disponendi de feudis, possint eadem feuda primogenio subjicere inter vocatos, praescripto ordine, quem servari maluerint, tum contractu, tum ultimae voluntatis dispositione (1): proinde locum habere debet regula superius proposita, ex testatoris primogenium instituentis voluntate desumpta, qua traditur, foeminam lineae ingressae praeferri masculo alterius lineae in feudo concesso pro masculis, et foeminis, licet masculus proximior sit ultimo feudi possessori (§. 82.). An pater titulo oneroso acquirens feudum, atque super eo primogenium, Principe consensiente, erigens, possit onus primogenito imponere absque consensu Principis, puta solvendi pensionem secundogenitis, expendit Thesaurus, atque affirmantium sententiam amplexus est Senatus (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 2. §. 2.

(2) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 23. *per tot.*

§. 85.

Profecto, si de successione feudi, ut obiter dicamus, nulla habita ratione primogenii, quaestio sit: idest si agatur de feudo, in quo primogenium constitutum non sit; neque enim lex Regia primogenituras in feudis imperat, sed tantum permittit (1), licet concessum fuerit pro masculis, et foeminis, attamen foeminae non succedunt, nisi deficientibus masculis; ita ut masculus remotior, licet alterius lineae, semper excludat foeminam, in gradu succedendi proximiorem (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 4.

(2) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 2. §. 2. *ibi.*

§. 86.

Quae hactenus diximus de praelatione foeminae, vel potiori ratione masculi lineae ingressae, et actualis, obtinent in primogeniis ab homine institutis; aliud jus servatur in primogeniis, quae municipalis sanctio induxit in feudis primogenii vinculo ab homine neutiquam suppositis: quippe, licet constitutum sit, ut succedat primogenitus inter vocatos, atque nepos jure repraesentationis patruum excludat (1), attamen proxi-

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

miror omnino praeferri debet, nulla habita lineae praerogativa, nisi de patruo, et nepote agatur (2).

(1) *Reg. Constitut. d.* §. 2. *in med.*

(2) *V. Tom. VIII. pag.* 242. §. 981., *et seqq., ubi etiam demonstravimus, primogenium facti potius, quam juris lege Regia inductum esse, ut individua sit feudi successio, nec ad caeteros consanguineos pertinere jus de patruo, et nepote latum.*

§. 87.

An ille, qui proximior est ex uno latere, remotior ex altero, possit utrumque cognationis gradum simul jungere, ut alteri praeferatur, alibi expendimus (1): atque etiam demonstravimus, quae sit in majoratibus succedendi ratio (2). Si investitura vocet ad feudum masculos, et foeminas haeredes, an, et quatenus foemina haeres esse debeat, ut masculum remotiorem, vel alterius lineae excludat, et an feudum ita concessum haereditarium sit, nec ne, late expendit Thesaurus (3).

(1) *V. d. Tom. VIII.* §. 988. *ad* 991. *pag.* 243.

(2) *V. d. Tom. VIII.* §. 993 *ad* 995. *pag.* 245.

(3) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaest.* 12. *num.* 26., *et seqq.*

§. 88.

Quae hactenus diximus, pertinent ad eum casum, quo de primogenii successione quaestio sit inter eos, quorum unus sit in linea ingressa, et actuali, alter vero tantum in habituali, seu potentiae, ut ajunt. Lineam actualem vocant pragmatici, quae actu est in possessione primogenii: quaeque in descendentes a possessore transmittitur: hinc filius, cujus pater primogenium possederit, dicitur in linea actuali: nec non nepos, vel neptis, respectu avi, apud quem, dum viveret, primogenium fuit, si pater ipsius praemortuus sit; quia jure repraesentationis succedit loco patris sui (1): habitualis vero linea nominatur illa, quae habitu, seu potentia primogenium tenet, idest ad primogenium vocata est, atque, conditione praescripta existente, ad illud admitti potest: veluti si testator lineam, seu descendentes filii secundogeniti vocaverit, cum defecerint primogeniti descendentes; quamdiu aliqui ex his supersunt, descendentes a secundogenito dicuntur in linea habituali, quae actualis fiet, si illi deficiant.

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1. *in med.*

§. 89.

Sed casus contingere potest, quo neuter ex contendentibus sit in linea actuali. Fingamus, a testatore imprimis vocatos esse descendentes masculos a Titio primogenito: tum, his extinctis, invitasse masculos descendentes Sempronii alterius filii secundogeniti; atque, his etiam deficientibus, masculos descendentes a filia primogenita. Decesserunt Titius, et Sempronius absque liberis masculis: sed Titius superstitem reliquit filiam Titiam, ex hac nata est Sempronia, atque haec Sejum procreavit: Sempronius vero, qui post Titium primogenio potitus est, ex Maevia filia superstitem habet Cajum nepotem. In hac specie neque Sejus Titii pronepos ex foemina, neque Cajus nepos Sempronii sunt in linea actuali, et ingressa, sed ambo in habituali; cum primogenium ex linea testatoris masculina in foemininam transire debeat; atque plane disputatur, utrum ex his duabus lineis ad primogenium sit admittenda.

§. 90.

In his rerum adjunctis dubitatur, qui in primogenio preferri debeat, an Sejus Titii pronepos, an Cajus nepos Sempronii pronepos ultimi possessoris. Sunt, qui putant, Cajo praelationem ex eo dandam, quod dici possit in linea actuali, et ingressa, saltem mediate, quatenus Maevia ipsius mater descendit a Sempronio ultimo possessore primogenii: cum tamen Sejus descendat a Titia, cujus linea primogenio nunquam potita est (1).

(1) *Argum. Novell.* 118. *cap.* 1.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 42.

§. 91.

Verum congruentius alii fatentur, neutrum quidem positum esse in linea actuali, sed Cajum ideo praeferendum, quia constitutus est in linea habituali proximiore, Sejus vero in remotiore; atque sententia haec consonat Regiae sanctioni praescribenti, ut in successione primogeniorum in primis linea, seu lineae praerogativa inspiciatur (1); ut vincat ille, qui in meliori, seu proximiori positus est.

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 2. §. 13.

§. 92.

His addi potest, primogenitae nomine, cujus filium, deficientibus masculis ex Titio, et Sempronio, vocavit testator, filiam mediatam masculi prius vocati potius demonstrari, quam filiam immediatam; ut ita incoeptus successionis ordo conservetur, nec a neptibus ad aviam regressus fiat contra successionis legitimae regulas, quibus testator in dubio praesumitur se accommodare (1): praeterquamquod, ut alibi diximus, proximiores haeredis gravati praeferuntur proximioribus testatoris in fideicommissis, quae per plures vocatorum gradus discurrunt, si testator aliquo verbo usus sit, ex quo voluntas haec eruatur (1); in specie autem, quam pertractamus, filius primogenitus primogenitae vocatus fuit; adeoque filius proximior ultimo possessori, non vero remotior.

(1) *L. Haeredes palam* 21. §. 1. *ff. qui testament. facer.* (28. 1.), *l. Si servus* 50. §. *ult. ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(2) *V. Tom. VIII.* §. 958. *pag.* 238.

§. 93.

Supra diximus, aliquando ad bonorum successionem vocari non primogenitum, sed secundogenitum; ut familiae splendor etiam in descendentibus secundogeniti conservetur (§. 11.): hic sane successio a secundogenito non pervenit in primogenitum odio substituti, si testator aliquem secundogenito substituerit; neque enim secundogeniti nomen ei convenire potest, qui alium ante se non habet (1).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 877., *et* 878. *pag.* 217.

§. 94.

Porro, cum in secundogeniis, si ita loqui fas est, ex communi pragmaticorum sententia eaedem regulae vigeant, ac in primogeniis (1), quia utraque uni tantum personae deferuntur, habita nativitatis ratione; consequens est, patruum a nepote excludi, prout in primogeniis (2); ut ita servetur lineae praerogativa, nec ab una ad aliam transitus fiat, quamdiu aliquis superest ex priore linea; nisi forte testator de secundogenio irregulari, et saltuario senserit, quod in dubio non praesumitur (§. 77.)

(1) *Argum. l. Non possunt* 12., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *V. supra* §. 76. *et Tom. VIII.* §. 965., *et seqq. pag.* 240.

§. 95.

Si dubitetur, quis ex duobus contendentibus sit primogenitus, vel secundogenitus, puta quia duo gemini nati sunt; nec constat, quis prius aut posterius in lucem editus fuerit, alibi diximus, vel sorte rem dirimendam, vel utrique pro indiviso primogenium adjudicandum esse (1); ex quo sequitur, primogenium redintegrari posse in odium indebiti occupantis favore plurium contendentium, non utique per modum adjudicationis sed simplicis possessionis, et fruitionis (2).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 459. *pag.* 117.

(2) *Argum. l. Sed et ipsis* 3. *ff. ut legator., seu fideicomm. servand. causs. caveat.* (36. 3.)

§. 96.

Haec sunt quae de primogeniis sigillatim tradere opportunum arbitrati sumus; caetera, quae de iis in controversiam adduci possunt, ex indole, et juribus fideicommissorum, quae praecedenti volumine fusiori calamo exposuimus, facile solvuntur. Dicen-

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 2. Cod. l. 6. tit. 53.

dum superest de tempore, quo legata, et fideicommissa cedunt: de cautione eorum nomine praestanda: futurum alioquin, ut legatarii, vel fideicommissarii in possessionem bonorum mittantur.

TITULUS XXXV.

Quando dies legatorum, vel fideicommissorum cedat.

Instit. lib. 2. tit. 23. *De fideicommissar. haereditat.*
Digest. lib. 36. tit. 2. *Quando dies legatorum, et fideic. etc.*
Cod. lib. 6. tit. 53. *Quando dies legat., vel fideicomm.*

SUMMARIA.

Cedit dies, cum aliquid deberi incipit; venit, cum peti potest. §. 97.

Non eadem servatur regula in contractibus, ac in ultimae voluntatis dispositionibus, quod pertinet ad tempus, quo obligatio nascatur, vel impleri debeat. §. 98.

Dies contractus pure celebrati statim cedit, et venit. Quid si in diem, vel sub conditione contractus gestus sit? §. 99.

Legati, vel fideicommissi puri dies statim cedit a morte testatoris, licet haereditas nondum adita sit; sed non venit, nisi post aditionem. §. 100.

Si legatarius moriatur ante testatorem, legatum caducum fit, nec haeredibus legatarii acquiritur. §. 101.

Ususfructus legati dies non cedit, nisi post aditam haereditatem. Quare? §. 102.

Legatum pure relictum spurio ad illius descendentes transit. §. 103.

Eadem aequitas, quae filio spurio favet, ad illius etiam haeredes pertinere videtur. §. 104.

Quid si nullos post se descendentes superius filius relinquat? §. 105.

Legati in tempus certum dies statim cedit a morte testatoris; venit autem, veniente praestituto tempore. §. 106.

Dies legatis adjectus pluribus modis incertus esse potest. §. 107., *et* 108.

Legati sub tempore penitus incerto relicti dies non cedit, nisi eo veniente: atque, legatario antea mortuo, non transmittitur. §. 109.

Legari videtur in diem incertum, quod solvi non debet, nisi cum legatarius ad certam aetatem pervenerit. §. 110.

Quid si dies non fuerit adjectus ad suspendendam obligationem, sed ad differendam legati solutionem? §. 111.

Quibus indiciis cognosci possit, utrum dies legato ipsi, an potius solutioni adjectus fuerit. §. 112., *et* 113.

Dies legato solvendo adjectus venisse non judicatur, nisi dies omnino completus sit, nec sufficit inceptus. Quare? §. 114.

Legati relicti in tempus, quod vivo legatario extiturum est, nempe cum legatarius morietur, dies statim cedit a morte testatoris. §. 115.

Dies incertus, an vivo, an mortuo legatario sit extiturus, conditioni aequiparatur. §. 116.

Legati, vel fideicommissi conditionalis dies non prius cedit, quam extiterit, vel impleta sit adscripta conditio. §. 117.

Cur in stipulationibus spes debitum iri in haeredes transmittatur, licet stipulator decedat ante eventum conditionis, non vero in legatis conditionalibus, legatario prius mortuo? §. 118.

Conditione a lege, vel judice remissa tamquam turpi, impossibili, vel inepta, legatorum, aut fideicommissorum conditionalium dies non suspenditur. §. 119.
Quid si testator legaverit Titio decem, aut usumfructum fundi: atque Titius decesserit ante aditam haereditatem? §. 120.
Cur de legatis, et fideicommissis conditionalibus fusius hic non agatur? §. 121.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 2. Cod. l. 6. tit. 53.

§. 97.

Quamquam inscriptio tituli tum digestorum, tum codicis unice refertur ad tempus, quo dies legatorum, aut fideicommissorum cedit, nulla facta venientis diei mentionem, certum tamen est, unum ab alio differre, atque a jureconsultis distingui. Cedere dies in jure dicitur, cum quid deberi incipit; venire, cum peti potest (1): seu cedit dies, cum obligatio vires habere incipit; venit cum ex parte actoris peti potest, ex parte rei solvi debet: porro cedentis diei is est effectus, ut, mortuo post hunc diem contrahente, vel legatario, quaesitum jus in haeredes transferatur (2).

(1) *L. Cedere diem* 213. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(2) §. *Omnis stipulatio* 2., *et duobus seqq. insti*. *de verbor. obligat.* (3. 16.), *l. Si post diem* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. unic.* §. *In novissimo* 5. *cod. de caduc. tollend.* (6. 51.)

§. 98.

Non eadem servatur regula, ut obiter dicamus, in contractibus, ac in ultimae voluntatis dispositionibus, quod pertinet ad tempus, quo obligatio nascatur, vel impleri debeat: sed in primis distinguendum est, utrum contractus pure, an in diem, an sub conditione initus fuerit, eodemque modo, an testator pure, an in diem, an sub conditione legaverit, vel fideicommissum reliquerit.

§. 99.

Dies contractus pure celebrati statim cedit, et venit; adeoque statim peti potest, quod conventum est: si in diem contractus initus sit, statim quidem nascitur obligatio, seu dies cedit, sed non venit, idest res peti non potest, nisi veniente praestituto die: obligationis antem conditionalis dies nec prius venit, imo nec cedit, quam extiterit, vel impleta fuerit adscripta a contrahentibus conditio (1).

(1) *D. l. Cedere diem* 213. *ff. de verbor. significat.*, §. *Omnis stipulatio* 2., *et duob. seqq. instit. de verborum obligat.* (3. 16.)

§. 100.

Legati, vel fideicommissi puri dies statim cedit a morte testatoris, licet haereditas nondum adita sit (1); sed non venit, nisi post aditionem (2), sive haeres pure, sive sub conditione institutus fuerit (3); quia ante nullus est, qui conveniatur, et legatum praestare possit: idem dicendum, si testator legaverit id, quod sibi debetur, et nonnisi sub conditione ei debitum sit (4): eademque juris regula servatur in legatis annuis, ut prioris anni legatum statim cedat a morte testatoris (5).

(1) *L. Si post diem* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. unic.* §. *In novissimo* 5. *cod. de caduc. tollend.* (6. 51.)

(2) *L. Haeredis aditio* 7., *l. Cum sine* 19. §. *Cum ab eo* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 19. §. *Si debitori* 3. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Cum in annos* 10., *et duab. seqq.*, *l. Si cum praefinitione* 20. *ff. hoc tit.*

§. 101.

Si ergo legatarius moriatur ante testatorem, legatum caducum fit, nec haeredibus legatarii acquiritur (1); sed in haeredes transit legatum, si testator ante legatarium moriatur, licet agnitum non fuerit (2) dummodo haeredes probent legatarium decessisse (3), et quidem post testatorem, maxime si contraria quaedam praesumptio urgeat (4).

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 2. Cod. l. 6. tit. 53.

(1) *D. l. Si post diem* 5. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 5. §. 1., *l. Si Pontionilla* 3. *cod. hoc tit.*, *d. l. unic.* §. *In novissimo* 5. *cod. de caduc. tollend.* (6. 51.)

(3) *Argum. l. Ab ea parte* 5. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(4) *D. l.* 5. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Frustra* 8., *et passim cod. de probationib.* (4. 19.)

§. 102.

Ab hac regula excipiuntur legata, quae morte legatarii extinguuntur, puta ususfructus (1): cum enim personalis haec servitus in haeredes non transmittatur, frustra cederet ejus dies ante haereditatis aditionem, quo demum tempore peti potest (2).

(1) *L. Si pure* 2. *ff. hoc tit.*, *l. unic.* §. *Dies autem* 2. *ff. quand. dies ususfruct. legat. cedat.* (7. 3.)

(2) *L. Nam, cum ad haeredem* 3. *ff. hoc tit.*

§. 103.

Quaerit Thesaurus, an legatum pure relictum spurio ad illius haeredes transmittatur (1). Ratio dubitandi in eo est, quod spuriis filiis ex jure civili nihil relinquere licet (2); etsi autem jure canonico, quod usu fori viget (3), inductum sit, aequitate, atque humanitate suadente, ut aliquid eis relinqui possit; quia tamen indulgentia haec nititur favore alimentorum (4), quae in haeredes non transeunt, idcirco, legatario mortuo, legati beneficium ad haeredes pertinere non videtur.

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 1. *quaest.* 25. *num.* 1., *et seqq.*

(2) *Aut. Ex complexu post l.* 6. *cod. de incest. nupt.* (5. 5.) *Auth. Licet patri post. l.* 8. *cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)

(3) *Cap. Cum haberet* 5. *in fin. extra Decret. Greg. de eo, qui dux. in matrim.* (4. 7.), *Thesaur. dec.* 211. *num.* 2. ✠, *Fab. cod. ne filius patre lib.* 4. *tit.* 9. *d. finit.* 3.

(4) *L. Necare* 4. *ff. de agnoscend.*, *et alend. liber.* (25. 3.)

§. 104.

Haec utique, si ad juris severitatem respiciamus, certissima sunt; quia tamen eadem aequitas, quae filiis spuriis favet, haeredum quoque favore extendenda videtur, maxime cum pater descendentibus filii spurii alimenta, et caetera ad vitam sustentandam necessaria praestare debeat (1), recte placuit, hujus quoque legati transmissionem probare (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 203. §. 566., *et* 567.

(2) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 25. *num.* 9. ✠

§. 105.

Sententia haec, ejusque ratio pertinet ad haeredes spurii, qui et ab eo descendant: quod si nullos post se liberos spurius filius relinquat, existimat Thesaurus ex allatis supra argumentis (§. 103.), legatum ad haeredes extraneos spurii non transmitti, sed apud patris haeredes remanere, si necdum solutum sit, aut solutum ad eos redire (2). Aliis tamen placet, dominium hujusce rei legatae irrevocabiliter quaeri filio spurio, semel ac dies legati cessit; quia alimentorum favor est quidem caussa legandi, seu cur legare licet (§. praeced.); sed legatum proprie alimentorum non est, atque ideo respondit Modestinus, praedia ita relicta pleno jure legatario acquiri, atque in haeredes transmitti (2).

(1) *Thesaur. quaestion. forens. d. lib.* 1. *quaest.* 25. *num.* 9., *et* 10.

(2) *L. Libertis* 4. *ff. de aliment.*, *vel cibar. legat.* (34. 1.). *V. Tom. VIII.* §. 184. *ad* 186. *pag.* 49.

§. 106.

Cum legata in diem relicta sint, interest, utrum dies certus sit, an incertus. Dies omnino certus legato adjectus illius utique solutionem differt, sed vim non suspendit:

quare hujus legati dies statim cedit a morte testatoris, venit autem, simul ac venit tempus solutioni praestitutum (1), dummodo tunc adita sit haereditas, prout servatur in legatis puris (§. 100.), a quibus in hac re legata in diem non distinguuntur (1); nec agatur de rebus, quae legatarii morte finiuntur (§. 102.). Sane apud omnes constat, annum, biennium, vel aliud tempus, intra quod legatum solvi jusserit testator, computandnm esse a morte testatoris (3); cnm ab hoc demum tempore vires sumat testamentum (4).

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 1. Cod. l. 6. tit. 53.

(1) *L. Si post diem* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si ita relictum* 43. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(4) *L.* 1. *ff. qui testament. facer.* (28. 1.)

§. 107.

Prolixior est disputatio de legatis in diem certum relictis; quia plures sunt incertitudinis species, nimirum dics aliquando incertus est tum ratione habita temporis, quo extiturus sit, tum an revera sit extiturus: vel incertum esse potest dumtaxat, quando sit extiturus, cum tamen certo existere debeat: rursus dies incertus quoad solum tempus, vel certo extiturus est vivo legatario, vel ignoratur, an vivo, an mortuo legatario sit extitnrus.

§. 108.

Exempla proponamus. Si testator ita caveat: centum Titio do, lego, cum Consul factus fuerit, vel cum navis ex Asia venerit, dies omnino incertus huic legato inest. Vivo legatario extiturus est dies, licet tempus nesciatur, in legato ita relicto, cum *legatarius morietur:* demum incertum est, an vivo, an mortuo legatario extiturus sit dies, *cum haeres morietur;* quia legatarius praemori potest.

§. 109.

Hisce praemissis: legati, quod sub die penitus incerto relictum est, dies non cedit, nisi cum praefinitus dies venit; etenim dies hic conditionis naturam habet (1); adeoque vim omnem legati interea suspendit (2); ita ut si legatarius ante diem moriatur, legatum extinguatur, nec ad haeredes transeat (3).

(1) *L. Dies incertus* 75. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)
(2) *L. Si post diem* 5. §. *Sed si sub conditione* 2., *l. Si dies* 21. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si Titio* 22. *ff. hoc tit.*

§. 110.

Porro in diem omnino incertum legari videtnr, quod praestandum non est, nisi cum legatarius ad certam aetatem, puta quatuordecim, vel vigintiquinque annorum perveniet (1); quia ignoratur, utrum ad hanc usque aetatem perventurus sit legatarius: proinde, si intra eam constitutus decesserit, legatum corruit, nec haeredibus acquiritur (2).

(1) *D. l. Si dies* 21., *et l. seq. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Si Titio* 22. *ff. hoc tit., l. Si Pontionilla* 3. *cod. hoc tit.*

§. 111.

Exceptionem habere potest haec regula, si dies non suspendendae obligationis, sed morandae tantummodo solutionis caussa adjectus fuerit; cum enim hoc casu tempus solutioni utique, non legato insit, dies ejus statim a morte testatoris cedit; proinde, etsi legatarius decedat, priusquam adscriptam aetatem compleverit, jus petendi legati in haeredes suos transmittere debet (1).

(1) *L. Firmio Heliodoro* 26. § 1. *ff. hoc tit., l. penult. cod. hoc tit.*

§. 112.

An vero dies legato ipsi, an solutioni adjectus fuerit, quaestio facti est, et tota a testatoris voluntate pendens (1), quae proinde una, et generali regula definiri non

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 2. Cod. l. 6. tit. 53.

potest. Si dies exprimatur ante legatum; puta si dicat testator; *Titio, cum ad majorem aetatem pervenerit, centum do, lego; vel haeres meus dato,* conditio potius adjecta videtur, seu dies appositus suspendendae in eam usque aetatem obligationis, seu legati caussa (2); etenim testator hisce verbis non obscure demonstrat, tempus adjectum ad legati substantiam, ita dixerim, pertinere.

(1) *L. Sejus Saturninus* 46. *in fin. ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.)

(2) *Argum. d. l. Si dies adposita* 21., *et l. seq. ff. hoc tit.*

§. 113.

Si autem in primis legatum pure relinquatur, tum distincta oratione diem adjiciat testator, ita cavendo: *Titio centum do, lego, quae praestari volo, cum ad annos viginti pervenerit:* vel etiam, si centum haec solvi jubeat testator ex redditibus praediorum anni futuri, dies potius solutioni, quam legato ipsi appositus in dubio credendus est (1); quia testator unum ab altero, idest legati praestandi obligationem a tempore, quo solvi debeat, aperte distinxit, ita ut prius a posteriore non pendeat.

(1) *Argum. l. Firmio Heliodoro* 26. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 114.

Caeterum placuit jureconsultis, diem legato praestando adjectum plene non venisse, nisi completus omnino sit, neque inceptum sufficere: adeoque, si legatum solvi debeat alicui, cum erit annorum quatuordecim, non nisi hac aetate completa, petitio competit (1): ita forte suasit generalis regula, ex qua haeres testatori magis dilectus praesumitur, quam legatarius (2): excipitur tamen casus, quo singularia personarum, et rerum adjuncta demonstrant, aliud sensisse testatorem (3).

(1) *L. Si cui legetur* 49. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Non putabam* 48. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.), *l. penult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Sempronius* 47. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(3) *L. Qui filium* 74. §. 1. *ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.)

§. 115.

Pertinent haec ad diem omnino incertum, tum an, tum quando extiturus sit. Si autem incertum tantummodo sit tempus, quo existet, et simul certum sit, vivo legatario eum extiturum, prout in legato relicto Titio in diem, quo ipse morietur, statim a morte testatoris dies ejus cedit; adeoque legatarius jus suum in haeredes transfert (1), perinde ac si purum esset legatum (2).

(1) *L. Si cum haeres* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si post diem* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 116.

Postremo dies certo extiturus, sed ita incertus, an vivo, an mortuo legatario existat, puta cum haeres morietur, conditioni aequiparatur, adeoque, prius decedente legatario, evanescit legatum, nec in haeredes transmittitur jus, quod nondum natum erat (1).

(1) *D. l. Si cum haeres* 4. *in princ., l. Hujusmodi legatum* 13. *ff. hoc tit.*

§. 117.

Ex his colligi potest, quid sentiendum de legatis, vel fideicommissis sub conditione relictis, videlicet horum dies non cedit, nisi existente, vel impleta conditione casuali, aut potestativa (1); ita ut nec haeres ad eam implendam admittatur, etiamsi in dando consistat (2); quia testator velle videtur, ut conditio ab eo ipso impleatur, in quem collata liberalitas est: adeoque in haeredes non transmittuntur, ne in liberos quidem (3).

(1) *L. Si post diem* 5. §. *Si sub conditione* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Ab omnibus* 104. §. 1. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. A testatore* 109. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.). *V. quae de hac re diximus Tom. VI. pag.* 55. §. 209., *et seqq.*

(3) *Fab. cod. de his, qui ante apert. tabul. lib. 6. tit. 29. definit. 2. per tot.*

§. 118.

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 2. Cod. l. 6. tit. 53.

Cur autem spes debitum iri, ex stipulatione conditionali quaesita, in haeredes transmittatur, licet stipulator decedat ante conditionis eventum (1); non in legatis (2), haec afferri solet congrua discriminis ratio; quod in contractibus, qui onerosam plerumque caussam habent, unusquisque non sibi tantummodo, sed haeredibus quoque suis praesumitur consulere velle (3): legata vero singularis electae personae, non haeredis, forte ignoti, favore relinquuntur: atque ideo non creditur testator velle, ut ad haeredem legatarii perveniant, nisi per legatarii personam (4).

(1) §. *Sub conditione 4. in fin. instit. de verbor. obligat.* (3. 16.)
(2) *L. Is, cui 42. ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)
(3) *L. Si pactum 9. ff. de probationib.* (22. 3.)
(4) *Argum. l. Nec adjecit 9. ff. pro socio* (17. 2.)

§. 119.

A regula superius proposita (§. 117.), qua diximus, legatorum, atque fideicommissorum conditionalium diem non cedere, nisi existente, vel impleta conditione, excipiendi sunt casus, quibus adscripta conditio a lege, vel a judice remittitur, tamquam turpis, impossibilis, vel inepta; hac quippe non obstante, legata pro puris habentur (1). Idem est, si conditio a jure pro impleta habeatur, quia per gravatum non stat, quominus impleatur (2).

(1) *L. Si post diem 5. §. Sed si ea conditio 3., et sequ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 5. §. Item 5. ff. hoc tit.*

§. 120.

Sed quid dicendum, si testator Titio legaverit decem, aut usumfructum fundi, atque Titius ante aditam haereditatem moriatur? Quamvis dies ususfructus legati, nonnisi ab adita haereditate cedat (§. 102.), quia tamen mortuo legatario amplius praestari nequit ususfructus, sola decem in legato supersunt, atque horum dies fingitur cessisse a morte testatoris (1): quia in legatis alternativis, una re deficiente, debetur altera, quae superest (2).

(1) *L. Si usufructus 14. princip., et §. 1. ff. hoc tit.*
(2) *L. Hujusmodi legatum 84. §. Si Titio 11. ff. de legat. 1.* (30. 1.)

§. 121.

Caetera, quae ad legata, vel fideicommissa conditionalia pertinent, alibi pertractavimus, agentes de conditionibus, et demonstrationibus (1), tum de conditionibus institutionum (2). Quare in his ulterius non immoramur.

(1) *Tom. VIII. pag. 134. §. 517., et seqq.*
(2) *Tom. VI. pag. 13. §. 29., et seqq.*

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 3. Cod. l. 6. tit. 54.

TITULUS XXXVI.

Ut legatorum, vel fideicommissorum servandorum caussa caveatur.

Instit. lib. 2. tit. 23. *De fideicommissar. haereditatib.*
Digest. lib. 36. tit. 3. *Ut legator., vel fideicommissor. etc.*
Cod. lib. 6. tit. 54. *Ut in possession. legator. etc., et quando satisdari debeat.*

SUMMARIA.

Proponuntur septem capita de hoc argumento summatim expendenda §. 122.

Satisdatio, seu cautio plerumque praestari debet pro legatis in diem, vel sub conditione relictis. Quid si conditio potestativa sit? §. 123.

Satisdatio legatorum nomine etiam in puris aliquando praestatur, si ob aliquam caussam legato mora fiat. Quid si legati quantitas incerta sit? §. 124.

Satisdatio legatorum nomine remittitur haeredi, qui incontinenti docere possit, nullo jure legatum peti: vel si legatarius ei renunciaverit, aut testator eandem remiserit. §. 125.

Satisdatio legatorum nomine non censetur remissa a testatore, qui legatarium prohibuerit, ne rationes ab haerede exigat. §. 126.

Legatorum, vel fideicommissorum satisdatio semel remissa vel a testatore, vel ab eo, cui praestanda est, amplius peti nequit, licet haeres bona disperdat. §. 127.

Satisdatio legatorum, vel fideicommissorum nomine nonnisi petenti praestatur, nec judicis officio cogi potest haeres, ut satisdet non petenti. §. 128.

Cautio pro legatis, et fideicommissis praestatur legatariis, et fideicommissariis tum universalibus, tum singularibus. §. 129.

Administratoribus universitatum, atque legatorum dispensatoribus praestatur satisdatio legatorum nomine. §. 130.

Satisdatio pro legatis rerum immobilium necessaria non videtur, sed sufficit nuda repromissio. §. 131.

Legatorum, et fideicommissorum nomine cavent fere omnes, qui ad ea praestanda tenentur. §. 132.

Pater de legatis filio praestandis non cavet, nisi binubus fiat, vel testator cavere jusserit. Quid si, pendente conditione, filium emancipet? §. 133.

Fiscus, et Respublica satisdare non tenentur pro legatis, aut fideicommissis in diem, vel sub conditione relictis. §. 134.

Legatorum nomine praestanda cautio fidejussores omnino requirit. Quid si fidejussores decesserint, vel facultatibus lapsi sint? §. 135.

Satisdatio legatorum, et fideicommissorum nomine praestari debet ante litem contestatam. Quid si a sententia appellatum fuerit? §. 136.

Quo in loco praestanda sit satisdatio pro legatis in diem, vel sub conditione relictis? §. 137.

Legatarii, si haeres appellatus cavere detrectet, mittuntur in possessionem omnium bonorum haereditariorum. §. 138.

An jus hoc novissima Justiniani lege emendatum sit? §. 139.

Quid si ex duobus haeredibus unus caverit, alter cavere pertinaciter detrectet? §. 140.

Legatarius non mittitur in possessionem bonorum haeredis cavere detrectantis, nisi haeres per sex menses moram faciat. §. 141.

Legatarii, vel fideicommissarii missi in possessionem rerum haereditariarum ob contumaciam haeredis minime caventis possunt fructus custodire, ne ab haerede perperam consumantur. §. 142., *et* 143.

Satisdatio legatorum, et fideicommissorum, quae in diem, vel sub conditione relicta sint, nomine an hodiernis fori moribus praestari debeat? §. 144., *et* 145.

Inst. l. 2. tit. 23
ff. l. 36. tit. 3
Cod. l. 6. tit. 54

§. 122.

Septem sunt in hoc titulo breviter explicanda. 1. Quibus in casibus legatorum, vel fideicommissorum nomine caveatur. 2. Quibus cavendum sit, et pro quibus rebus. 3. Qui cavere teneantur, vel a cautione praestanda immunes sint. 4. Quomodo. 5. Quo tempore praestanda. 6. Quo in loco. 7. Quid si haeres pertinaciter cavere detrectet.

§. 123.

Cautio, seu satisdatio plerumque praestari debet pro legatis, quae in diem, vel sub conditione relicta sunt: ne, die veniente, vel existente conditione, legatarius, aut fideicommissarius testatoris liberalitate privetur, legibus cautum fuit, ut interim haeres gravatus satisdet, se congruo tempore legata, vel fideicommissa soluturum, et dolum malum abfuturum (1): nisi forte conditio potestativa sit: quippe in hoc casu imputandum videtur legatario, vel fideicommissario, cur, conditione impleta, quam illico implere possit, statim ad liberalitatem testatoris non perveniat (2).

(1) *L.* 1., *et passim ff. hoc tit.*, *l. De die* 8. §. *Tutor* 4. *ff. qui satisdar. cogant.* (2. 8.)

(2) *Argum. l. Etiam de praesenti* 15. *ff. hoc tit.*

§. 124.

Quin immo etiam in legatis puris cautio haec locum habere potest, si legato vel ob executionem judicii, vel propter aliam caussam mora fiat (1): puta si duo de eodem legato contendant (2). Neque interest, an summa legati, vel fideicommissi certa, an incerta sit; cum enim summa incerta est, judex, taxatione facta, cautionem interponi jubet (3).

(1) *D. l. Etiam de praesenti* 15. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si duo* 16. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Si quando* 6. *ff. hoc tit.*

§. 125.

Aliqui tamen casus sunt, in quibus haec cautio cessat. In primis remittitur haeredi, qui paratus sit, incontinenti docere nullo jure fideicommissum peti (1); aut qui offerat praesentem de fideicommisso cognitionem (2). Idem dicendum, si legatarius, vel fideicommissarius juri petendae cautionis sponte renunciaverit (3): vel testator eam remiserit (4).

(1) *L. Haec stipulatio* 14. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si is, a quo* 3. *in princ. ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)

(3) *L. Pactum* 46. *ff. de pactis* (2. 14.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *def.* 1. *num.* 1. *in corp.*

(4) *D. l.* 46. *ff. de pact.*, *l. Ipsis rerum* 2., *l. penult. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *d. def.* 1. *in princip.*, *et def.* 3. *in princip.*

§. 126.

Non tantum expressis verbis, sed etiam factis, et tacito voluntatis indicio legatorum, atque fideicommissorum cautio remitti potest, sive ab eo, cujus favore praestanda est, sive a testatore (1): non tamen remissa censetur a testatore, qui legatarium prohibuerit, ne ab haerede rationes exigat (2); tum quia duo haec plane diversa sunt, adeoque ab uno ad aliud argumentari non licet (3); tum quia culpa tantum, non dolus remissus intelligitur, qui ab onere reddendarum rationum eximitur (4):

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 3. Cod. l. 6. tit. 54.

adeoque cautio utilis esse potest, ne legatarius, aut fideicommissarius ex dolo haeredis damnum patiatur (5).

(1) *D. l. Ipsis rerum* 2. *in fin. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *def.* 1. *in princ.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. l.* 6. *tit.* 31. *d. definit.* 1. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(3) *L. Papinianus* 20. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(4) *L. Cum tale* 72. §. *Quid ergo* 3. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

(5) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 127.

Caeterum remissa semel cautio sive a testatore, sive ab eo, in cujus utilitatem interponitur, amplius peti non potest, licet haeres bona dilapidet, atque inde timeatur, ne legatum, vel fideicommissum inutile fiat (1); videlicet aequum Jureconsulto visum non fuit, beneficium semel tributum retractari: quo fundamento scripsit Ulpianus, haeredi licere cautionem errore praestitam condicere (2).

(1) *L. ult. in princip. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *definit.* 1. *num.* 5. *in corp.*

(2) *L.* 1. *in princ. ff. ut in possession. legator.* (30. 4.)

§. 128.

Cautionem legatorum, vel fideicommissorum nomine haeres sponte praestare non tenetur, sed tantum petenti (1); ita ut nec judicis officio haeres cogi possit (2); nec ignorantia fideicommissarii, aut legatarii, qui alio remedio sibi prospiciendum putaverint, haeredi noceat (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *def.* 3. *num.* 1. *in corp.*

(2) *Fab. ibid. num.* 2. *in corp., argum. l. Dies cautioni* 4. §. *Hoc autem* 8. *ff. de damno infect.* (39. 2.)

(3) *Fab. d. def.* 3. *num.* 3. *in corp.*

§. 129.

Sequitur disputatio de personis, quibus cautio praestari debeat. Cavendum est legatariis, et fideicommissariis, quibus in diem, vel sub conditione legatum, aut fideicommissum relictum fuit, sive universale, sive singulare (1). Quod si duo de eodem legato vel fideicommisso contendant, utrique cavendum est (2).

(1) *L.* 1. *in princ., l. Haec stipulatio* 14. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *d. definit.* 3. *in fin.*

(2) *L. Si duo* 16. *ff. hoc tit.*

§. 130.

Praeterea universitatum administratoribus cavendum est pro legatis, vel fideicommissis universitati relictis (1): legatorum dispensatoribus, nisi haeres malit legatariis ipsis petentibus cavere (2). Postremo fideicommissariis, si plures horum gradus sint, neque priores cautionem hanc petere negligant (3).

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Quidam testamento* 96. §. *Si scriptus* 3. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(3) *Argum. l. Is, cui* 5. §. *penult., et ult. ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)

§. 131.

Praestanda est cautio pro bonis mobilibus, seu pro legatis bonorum mobilium, jurium quoque, et actionum (1), non tamen si liberatio debitori ipsi legata sit (2): nisi forte haeres interim urgeat ad solutionem; sed, vix onerandum esse satisdatione haeredem pro legatis rerum immobilium, existimat Faber; quia horum dilapidatio difficilior, et minus suspecta est (3); atque legatarii paratam habent rerum male alienatarum vindicationem adversus quoscumque possessores (4): sane repromissio necessaria est, etiam cum satisdatio remittitur (5).

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 3. Cod. l. 6. tit. 54.

(1) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *definit.* 3. *num.* 6., *et* 7. *in corp.*
(2) *L.* 1. §. *Si debitori* 2. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 31. *d. definit.* 3. *num.* 4., *et seq. in corp.*
(4) *Ex l. ult.* §. *ult. cod. commun. de legat., et fideicommiss.* (6. 43.)
(5) *L. Si quando* 6. §. 1. *ff. hoc tit., Fab. d. definit.* 3. *allegat.* 5. *in fin.*

§. 132.

Legatorum, atque fideicommissorum, quae in diem, vel sub conditione relicta sint, nomine cavent omnes (quibusdam tantum exceptis), qui ad ea praestanda tenentur, sive haeredes sint (1), sive substituti (2), sive fideicommissarii (3), nec non legatarii, postquam ab his legata relinquere licet; atque horum omnium successores (4).

(1) *L.* 1. §. 1., *et* §. *Certe* 12. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. 12. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 1. §. *Is etiam* 7. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 1. §. *Non solum* 6. *ff. hoc tit.*

§. 133.

Excipiuntur, ut modo innuimus, quaedam personae singulari favore: atque in primis pater cavere non tenetur de legatis filio praestandis (1), nisi pater ad secunda vota transierit (2), vel testator cavere speciatim jusserit (3); vel filius, pendente conditione, emancipatus a patre fuerit; quo casu sufficit nuda repromissio cum hypotheca bonorum, nec fidejussores desiderantur (4).

(1) *L. Filio* 7. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Jubemus* 6. §. 1. *cod. ad Senat. Consult. Trebellian.* (6. 49.), *Novell.* 22. *cap. Placet quoque* 41.
(3) *D. l.* 6. §. 1.
(4) *D. l.* 7., *in fin. ff. hoc tit.*

§. 134.

Ab eodem satisdationis onere immunes sunt fiscus (1), et respublica (2); quia idonei existimantur, neque timentur dilapidaturi: sed repromittere debent, se suo die legata, aut fideicommissa soluturos (3).

(1) *L.* 1. §. *Si ad fiscum* 18. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quando* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 6. §. 1. *in fin.*

§. 135.

Cautio pro legatis, vel fideicommissis praestandis non nuda repromissio est, sed idoneos fidejussores desiderat (1); prout demonstrat satisdandi verbum, quo Jureconsulti utuntur (2). Quod si legatarius fidejussores initio idoneos probaverit, alios deinceps petere non potest, licet priores minus idoneos alleget (3): aliud dicendum, si fidejussores decesserint, vel inopinato fortunae impetu facultatibus lapsi sint (4).

(1) *L. Si quando* 6. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *princ., et* §. *Nec sine ratione* 2., *l. Postquam haeres* 5. §. *Si dies* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si is, a quo* 3. §. *ult. ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)
(4) *L. Plane* 4. *ff. eod. tit.*

§. 136.

Quod pertinet ad tempus petendae hujusce cautionis, ante litem contestatam peti debere, satis aperte innuit Ulpianus, ajens cessare stipulationem, si quis, ea omissa, litem de legato contestatus sit (1): quod si quis a priore sententia appellaverit, ante litem appellationis contestatam rursus cavere tenebitur (2), quasi extincta per appellationem sententiae, adeoque et cautionis vi (3).

Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 3. Cod. l. 6. tit. 54.

(1) *L.* 1. §. *Plane, si quis* 9. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Postquam haeres* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. *ult. ff. Ad Senat. Consult. Turpilian.* (48. 16.)

§. 137.

Praestanda haec cautio est in loco, ubi haeres gravatus domicilium habet, si legatarius, vel fideicommissarius consentiat; alioquin in loco, quo maxima haereditatis pars, vel res legata reperitur (1): nisi forte testator aliter caverit: prout cavere potest (2).

(1) *L. Postquam haeres* 5. §. *Cum quaerebatur* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Si fideicommissum* 50., *l* 51. *et* 52., *ff. de judic.* (5. 1.)
(2) *D. l.* 50. *in princ. ff. de judic.*

§. 138.

Si haeres a legatariis, vel fideicommissarius interpellatus cavere detrectet (1), mittuntur in possessionem bonorum haereditariorum omnium (2), quocumque jure ad defunctum spectaverint (3): non tamen rerum depositarum (4); atque legatarius, vel fideicommissarius, cui convenienter non cavetur, in omnium bonorum possessionem mittitur, licet minima res per legatum, vel per fideicommissum rei relicta sit (5).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)
(2) *L. Is cui legatorum* 5. §. *Qui in possessione* 5. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 5. §. 5. *ad* 9.
(4) *D. l.* 5. §. *Si deposita* 10.
(5) *L. Quamvis minima* 13. *ff. eod. tit.*

§. 139.

Neque aliud erui potest ex novissima Justiniani sanctione, qua jubet, creditorem mitti in possessionem bonorum debitoris latitantis *secundum mensuram declarati debiti* (1); ut enim praetereaam, ibi non agi de legatorum, aut fideicommissorum solutione, relata Justiniani verba ad missionis effectum referri debent, ut sensus sit, non amplius ex bonis distrahendum esse, quam ferat mensura, seu quantitas debiti. Quamquam non desunt, qui sentiunt, jus vetus ab Imperatore in hac parte abrogatum fuisse. Sed de his alibi fusius, atque opportunius.

(1) *Novell.* 53. *cap. Si vero semel* 4. §. 1.

§. 140.

Sed quid, si duo sint haeredes, quorum alter caverit, alius vero cautionem non praestiterit? In partem non caventis, ait Ulpianus, missio locum habere debet (1): sed, quia legatarius in possessionem missus impedit quoque administrationem ejus, qui satisdedit, idcirco, subjicit Jureconsultus, suadendum est alteri haeredi, ut in solidum satisdet (2).

(1) *L. Is, cui legatorum* 5. §. *Si ex duobus* 11. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)
(2) *D. l.* 5. §. 11. *in fin.*

§. 141.

In bona haeredis contumacis missio denegatur; etiamsi nullae res haereditariae sint, in quorum possessionem mittantur legatarii, aut fideicommissarii (1): nisi forte haeres per sex menses moram faciat, ita ut nec legatum praestet, nec idonee caveat (2).

(1) *L. Si nullae* 10. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)
(2) *L. Is, cui legatorum* 5. §. *Imperator* 16., *et seqq. ff. eod. tit.*, *l. Certa est* 6. *cod. hoc tit.*

§. 142.

Postremo, quod respicit effectum hujusce missionis in possessionem, is sane non est, ut legatarii, et fideicommissarii rerum dominia acquirant, vel haeredem expellere possint; sed cum eo morantur custodiae caussa, ut is taedio communionis ad satisfaciendum, vel satisdandum compellatur (1): propterea, si haeres solvat, vel satisdet, missus a possessione discedere debet (2).

(1) *L. Is, cui legatorum* 5. *in princip. ff. ut in possession. legator.* (36. 4.) Inst. l. 2. tit. 23. ff. l. 36. tit. 3. Cod. l. 6. tit. 54.

(2) *L. Si pecuniae* 6. §. 1. *ff. eod tit.*

§. 143.

Licet autem legatariis, et fideicommissariis denegetur facultas alienandi res haereditarias, in quarum possessionem missi sunt, nec haeredem impedire possint, quominus agros colat, possunt tamen fructus custodire, ne ab haerede consumantur: immo et fructus cogere, et servare, si haeres non cogat: atque etiam vendere fructus, qui primo tempore vendi solent, atque pretium eorum servare (1) fructuum etiam deminutio permittitur vescendi caussa, si missus in possessionem egeat, atque ex descendentium numero sit, quibus alimenta debeantur (2). Sane, si haeres bona alienaverit, haec transeunt cum suo onere, seu pignoris praetorii vinculo (3). Si ex pluribus legatariis unus in possessionem missus sit, sibi tantum, non aliis possidet (4); ita tamen ut postea missi eodem jure gaudeant (5).

(1) *D. l. Is, cui legatorum* 5. §. *Qui legatorum* 22. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)

(2) *L. penult. ff. eod tit.*

(3) *L. Si postquam* 3., *l. Qui legati* 5. *cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 5. §. *Si plures* 2. *ff. ut in possession. legator.*

(5) *D. l.* 5. §. *Qui prior* 3.

§. 144.

Haec ex juris Romani principiis tradidimus: si quaeratur, an hodierni fori moribus serventur, non consentiunt interpretes, et pragmatici. Quidam indistincte tradunt, cautionem legatorum aut fideicommissorum nomine hodie praestandam esse (1), nisi speciali consuetudine aliud inductum sit, quae non praesumitur, sed probari debet, maxime cum adversetur juri communi, et legatariorum securitati (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. ut in possession. legator. lib.* 6. *tit.* 31. *definit.* 1., *et* 3. *in princip.*

(2) *L.* 1. *cod. quae sit longa consuetudo* (8. 53.)

§. 145.

Existimant alii, satisdationis hujusce necessitatem usu obsoletam esse: nec amplius vigere, saltem nisi dilapidationis periculum immineat (1). Sed, cum haec consuetudo, ut modo diximus, a jure communi aliena sit (§. praeced.) non debet ultra demonstratos, atque praefinitos limites extendi.

(1) *Argum. L. Si is, a quo* 3. §. 1. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.)

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

TITULUS XXXVII.

De Codicillis.

Instit. lib. 2. tit. 25. *De codicill.*
Digest. lib. 29. tit. 7. *De jur. codicill.*
Cod. lib. 6. tit. 36. *De codicill.*

SUMMARIA.

Codicilli ob civium utilitatem recepti fuerunt temporibus Augusti. §. 146.

Quae sint de codicillis sigillatim expendenda? §. 147.

Codicilli recte definiuntur voluntatis nostrae sententia minus solemnis de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. §. 148.

Codicilli alii scripti sunt, alii non scripti, seu nuncupativi. An codicilli nuncupativi hodie scribi debeant? §. 149.

Qui testati, vel intestati codicilli ab interpretibus dicantur? §. 150.

Codicillos facere possunt omnes, quibus licet testamento condere, non caeteri. §. 151., *et* 152.

Codicilli coram quinque testibus idoneis, non tamen rogatis, uno contextu fieri debent. §. 153.

Codicilli minori quinque testium numero fieri nequeunt, etiamsi tempore pestis conficiantur. §. 154., *et* 155.

Quid tamen, si pestis saevissima sit? §. 156.

Foeminae aeque ac masculi testes in codicillis adhiberi possunt. Quid si coecus codicillos facere velit? §. 157.

Testibus in quibuscumque codicillis apud nos subscribere debent. §. 158.

Codicilli priore, vel posteriore testamento confirmati nullas desiderant solemnitates. §. 159.

Rata est testatoris dispositio, qua se refert ad scripturam prius exaratam. §. 160.

Testator cavere potest, ut haeres servet, quae in schedula, vel privata scriptura testator ipse post testamentum disposuerit. §. 161.

Codicillis haereditas neque dari, neque adimi directe potest. §. 162.

Fideicommissaria haereditas codicillis recte datur, et adimitur. §. 163.

Codicillis non licet adjicere conditionem haereditati pure datae in testamento; nec vicissim adimere. §. 164.

Haeredum nomina, et partes haereditarias in codicillis scribere licet. An poena privationis codicillis recte adjiciatur? §. 165.

Haereditas extraneo data potest codicillis a patre adimi favore filiorum. §. 166.

Codicillis, in quibus septem testes adhibiti fuerint, haereditas directo dari potest, nec non adimi. §. 167.

Testamentum, quod defectu solemnium vim non habet, jure codicilli non sustinetur, si testator codicillos facere omnino noluerit. §. 168., *et* 169.

Testamentum, quod hoc jure vim non habet ob defectum solemnitatum, tamquam codicillus valet, si testator voluerit, ut dispositio, quo meliori possit modo, sustineatur. §. 170., *et* 171.

§. 146.

Codicilli, inde dicti, quod sint parvi Codices ad discrimen testamentorum, quae Codicibus, seu tabulis grandioribus scribebantur, Augusti Imperatoris tempore in usu

esse coeperunt: ita nempe receptum aequitate, et civium utilitate suadente; cum enim propter longas peregrinationes testamenta interdum condere non possent, defectu septem testium civium Romanorum, quales in testamentis desiderabantur, atque ideo de rebus suis nullo modo statuere possent, conveniens visum fuit minus solemnem, adeoque faciliorem disponendi modum indulgere (1).

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

(1) *Princ. instit. hoc tit.*

§. 147.

De codicillis acturis sex sunt rerum capita sigillatim expendenda. 1. Quid sint codicilli. 2. Quot sint eorum species. 3. Quibus liceat codicillos facere. 4. Quae desiderentur in codicillis solemnitates. 5. Quae possint codicillis caveri: 6. Quae sit codicillorum vis: qua occasione de clausula codicillari disserendum erit.

§. 148.

Codicilli nihil aliud sunt, quam suprema hominis voluntas minus solemnis: adeoque definiri possunt, exemplo sumpto a testamentis (1): *voluntatis nostrae sententia minus solemnis de eo, quod quis post mortem suam fieri velit:* ex hac definitione patet, codicillos, et testamenta in eo convenire, quod utraque contineant supremam voluntatem hominis statuentis, quid de rebus suis post mortem suam fieri velit: in eo autem differre, quod in codicillis minores requirantur solemnitates (2), veluti in testium numero, et qualitate, quam in testamentis (3).

(1) *L.* 1. *ff. qui testament. facer.* (28. 1.)

(2) §. *ult. instit. hoc tit.*

(3) *Ulpian. in fragment. tit.* 20. §. 1.

§. 149.

Codicilli, non secus ac testamenta alii scripti sunt, alii non scripti, seu nuncupativi (1): quare tum in responsis Jureconsultorum (2), tum in Imperatorum rescriptis (3) mentio fit codicillorum verbo pronunciatorum. Sane, cum testamenta ipsa, quae solemnitatem desiderant, per nuncupationem fieri possint (4); multo magis permitti debet usus codicillorum absque scriptis. Quamquam, ne ob testium mortem, vel absentiam voluntas testatoris pereat, ad exemplum testamentorum codicilli etiam scribi a notario debent (5).

(1) *L. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Ait Praetor* 5. §. 1. *in fin. ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *L. Et in epistola* 22. *cod. de fideicommiss.* (6. 42.), *l. Et sine scriptura* 5. *cod. ad Senat. Consult. Trebell.* (6. 49.)

(4) *L. Hac consultissima* 21. §. *Per nuncupationem* 2., *l. In testamentis* 26. *cod. de testament.* (6. 23.)

(5) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 4. §. 1. *V. Tom. VI. pag.* 242. §. 978.

§. 150.

Praeterea doctrinae caussa codicilli distingui possunt in testatos, atque intestatos (1); testati sunt codicilli ab eo facti, qui testamentum condidit, vel prius, vel postea, vel etiam in eodem testamento (2), quando clausula codicillari munitum est (3): atque hujus generis codicilli ab ipso testamento vires sumunt. Intestatos codicillos dicimus ab eo factos, qui sine testamento decessit (4): atque hi propriis viribus nituntur, ut infra demonstrabimus.

(1) *L. Conficiuntur* 8. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. *in princip.*

(3) *L. Si jure* 11. *cod. de testamentar. manumission.* (7. 2.)

(4) *L. Si quis* 3., *d. l. Conficiuntur* 8., *l. Ab intestato* 16. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36

§. 151.

Codicillos facere possunt, quicumque testamenti condendi capaces sunt; *codicillos*, ait Marcianus, *is demum facere potest, qui et testamentum facere potest* (1); atque hinc Marcellus post Aristonem negat, valere codicillos ab eo factos, qui ignorabat, utrum paterfamilias esset, nec ne (2); quemadmodum observatur in testamentis, quae de statu suo dubitantes facere nequeunt (3).

(1) *L. Divi* 6. § *Codicillos* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Aristo* 9. *ff. hoc tit.*

(3) *L. De statu* 15. *ff. qui testament. fac.* (28. 1.)

§. 152.

Quod ergo ait Justinianus, inductum fuisse codicillorum usum, ut codicillos facere liceat illis, qui testamentum condere non possint (1); ad factum, non ad jus referri debet, videlicet eos, quibus propter defectum septem testium civium Romanorum testamentum facere non liceret, attamen recte facere codicillos, in quibus sufficiunt quinque testes (2).

(1) *Princip. institut. hoc tit.*

(2) *L. Conficiuntur* 8. §. *Codicilli* 2. *ff. hoc tit.*

§. 153.

Si quaeratur, quae observari debeant in codicillis ordinandis solemnitates, respondemus, quinque testes uno contextu adhibendos esse, et quidem idoneos; non tamen rogatos esse oportet; atque testes, si codicilli in scriptis fiant, subscribere debent, non signare (1). Ex quo patet, testamenta, et codicillos in eo, quod ad solemnitates pertinet, in quibusdam convenire, in aliis discrepare; generatim vero minores desiderari in codicillis solemnitates, quam in testamentis.

(1) *In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint in uno, eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus. L. ult. §. ult. cod. hoc tit.*

§. 154.

In primis ergo quinque testes in codicillis necessarii sunt; atque ex communiori sententia, supremorum Magistratuum oraculo apud nos probata, idem numerus requiritur, etiamsi codicilli tempore pestis fiant (1); atque Senatus Pedemontanus duplici potissimum ratione motus fuit. Primo, quia nulla lege cavetur, in testamentis tempore pestis conditis, quinque testes sufficere; sed doctorum interpretatione inductum est, quae extensio ad alia protrahi non debet, ne privilegia contra jus nimium multiplicentur (2).

(1) *Fab. cod. de testament. lib. 6. tit. 5. definit.* 3. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*, *Thesaur decis.* 180. *num.* 3.

(2) *Thesaur. dict. decis.* 180. *num.* 3.

§. 155.

Aliud argumentum petitur ex caussa, seu ratione, cur inductum fuit, ut quinque testes adhiberi sufficiat in testamentis, quae grassantis pestis tempore fiunt: videlicet aequitate suadente, minor testium numerus sufficere creditur, quia difficile inveniri possunt septem testes: cum ergo in codicillis ex legum praescripto testes quinque sufficiant (1), eorum numerus aequitatis specie minui non debet (2).

(1) *D. l. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

(2) *Thesaur. d. decis.* 180. *num.* 3.

§. 156.

Non inde tamen inferri potest, nullum superesse inter testamenta, et codicillos tempore pestis discrimen; etenim in testamentis foeminae adhiberi nequeunt dicendo te-

stimonio, nisi masculi ob grassantis pestis saevitiem haberi nequeant (1), quae tamen ut infra demonstrabimus, in codicillis admittuntur: atque sufficit testes fortuitos adhiberi (2), cum in testamentis rogatos esse oporteat (3). Caeterum, cum sustineantur testamenta minori quinque testium numero firmata, si pestis saevissima sit (4), nulla apparet ratio, cur idem jus in codicillis rejiciatur.

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

(1) *V. Tom. VI. pag.* 268. §. 1103.

(2) *D. l. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

(3) *V. d. Tom. VI. pag.* 268. §. 1104., *et* 1105.

(4) *Thesaur. d. decis.* 180. *in addition. littera* A ✠. *V. d. Tom. VI. pag.* 169. §. 1112.

§. 157.

Sed progrediamur ad caeteras codicillorum solemnitates. Testes idonei esse debent, proinde puberes, nec testari proibiti, vel ex caussa criminis vel ob falsi testimonii suspicionem, vel ob patriae potestatis vinculum (1). Sed foeminae aeque, ac masculi admitti possunt; prout sentiunt plerique (2); quia deest subtilitatis ratio, quae foeminas in testamentis repellit, cum in kalatis comitiis codicilli nunquam facti fuerint; adeoque res dijudicari debet ex generalibus juris regulis, juxta quas foeminis fides adhibetur (3). In codicillis a coeco factis quinque testes una cum tabulario sufficere, alibi ex proposito demonstravimus (4).

(1) *De conditione testium in testamentis adhibendorum diximus Tom. VI. pag.* 222., *et seqq.*

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 29. *tit.* 7. *num.* 1. *prop. fin.*, *Vinnius Comment. institut. ad* §. *ult. hoc tit.*, *Heinec. ibid. in fin.*

(3) *L. Ex eo, quod* 18. *ff. de testibus* (22. 5.), *l. Qui testamento* 20. §. *Mulier* 6. *ff. qui testament. facer.* (28. 1.)

(4) *V. Tom. V. pag.* 380. §. 1457. *ad* 1460.

§. 158.

Testes fortuitos sufficere, jam innuimus, atque ita apertis verbis statuit Imperator (1). Sed uno contextu fieri debent (2), perinde ac testamenta (3). Subscriptio testium in codicillis tantum, qui scripto conficiuntur, jure Romano necessaria est (4): sed jure municipali, quo scriptura in omnibus postremae voluntatis actibus praescribitur (5), testes quoque codicillis subscribere necesse est.

(1) *D. l. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

(2) *D. l. ult.* §. *ult.*

(3) §. *Sed cum paullatim* 3. *instit. de testament. ordinand.* (2. 10.), *l. Hac consultissima* 21. *cod. eod. tit.* (6. 23.)

(4) *D. l. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

(5) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 4. §. 1.

§. 159.

An vero eadem testium solemnitas requiratur in codicillis testamento confirmatis posteriore, vel priore, quo scilicet testator dixerit, se codicillos deinceps facere velle, eisque robur dare, non omnes consentiunt: sed omnino tenenda sententia ajentium, hujusce generis codicillos sola testamenti solemnitate contentos esse; cum illius pars, et accessio sint, ita ut testamento dari videatur, quod codicillis relinquitur (1).

(1) *L. Si ei, qui* 2. §. *Codicillorum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 160.

Sane, si codicillos quis prius fecerit, tum condiderit testamentum, atque in eo codicillos confirmaverit, idem est, ac si testamento repetita essent, quae codicillis cauta fuerunt: et in jure certum est, valere testatoris dispositionem, qua se referat ad scripturam prius exaratam (1).

(1) *L. Institutio* 10. §. 1. *ff. de cond. institut.* (28. 7.). *V. Tom. VI. pag.* 270. §. 1013., *et seqq.*

Inst. l. 2 tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

§. 161.

Idem porro dicendum de codicillis factis post testamentum, quos servandos esse testator praescripserit (1); cum alibi demonstravimus, licere testatori, clausulam, ut ajunt, reservativam in testamento apponere, cujus vi possit non tantum explanare, quae testamento disposita sunt, sed etiam legata adjicere, quin ullae solemnitates necessariae sint (2).

(1) *L. Asse toto* 77. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.), *d. l.* 10. *in princip. ff. de condit. instit.*

(2) *V. Tom. VI. pag.* 237. §. 962. *et seqq.*

§. 162.

Post haec sequitur disputatio de rebus, quae codicillis caveri possunt, necne. *Codicillis*, ait Justinianus, *haereditas neque dari, neque adimi, quae testamento data est, vel lege defertur* (1), *potest, ne confundatur jus testamentorum, et codicillorum* (2), *seu ne testamentum, quod codicillis vim tribuit, ab iis destituatur* (3), *et ideo*, subjicit Imperator, *nec exhaeredatio scribi* (4), quia exhaeredatio iisdem legibus subest, ac haeredis institutio; maxime quia haereditas per exhaeredationem aufertur filiis, qui ipso jure haeredes videntur (5): sicut autem haereditas in primo gradu codicillis directo dari non potest, ita nec in secundo, seu per vulgarem substitutionem (6).

(1) *L. Haereditas* 4. *cod. de his, quib. ut indign.* (6. 35.), *l. Haereditatem.* 2. *cod. hoc tit.*

(2) §. *Codicillis* 2. *institut. hoc tit. L. Si idem* 7. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Quod per manus* 10. *ff. hoc tit.*

(4) *D.* §. 2. *institut. hoc tit.*

(5) *L. In suis haeredibus* 11. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

(6) *D.* §. 2. *in fin. institut. hoc tit.*

§. 163.

Sed quod directo codicillis caveri leges non sinunt, indirecte, seu per fideicommissum fieri permittunt: atque hinc codicillis haereditas fideicommissaria recte datur (1), nec non adimitur; cum enim in fideicommissis sola fere testantis voluntas, juris subtilitate insuper habita, attendatur (3), facile recipi debuit, ut haereditas in illis detur, et adimatur, etiam ab haeredibus ab intestato venientibus (4).

(1) *D.* §. *Codicillis* 2. *in fin. institut. hoc tit.*

(2) *L. Haereditatem* 2. *cod. hoc tit.*

(3) §. 1. *Institut. de fideicommissar. haereditatib.* (2. 23.)

(4) *L. Conficiuntur* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 164.

Ex his plura fluunt consectaria: atque in primis, cum, conditione institutioni adjecta, haereditas in contrarium eventum auferatur (1), idcirco nec haeredi pure scripto in testamento licet codicillis adjicere conditionem (2): nec vicissim conditio institutioni in testamento adjecta codicillis adimi potest, quia daretur pure haereditas, quae prius in defectum conditionis data non fuerat.

(1) *L. Quidam* 27. §. 1. *ff. de conditionib. institut.* (28. 7.)

(2) *D.* §. *Codicillis* 2. *in fin. institut. hoc tit.*

§. 165.

Non tamen prohibetur testator quominus haeredum nomina, vel partes haereditarias in codicillis scribat (1); etenim institutio non codicillis, sed testamento facta intelligitur; atque etiam potest verba testamenti ambigua in codicillis explicare; haec enim explicans nihil dat, sed, quod datum est, ostendit (2). Quinimmo pronunciavit Imperator Alexander, haeredem, testamento scriptum codicillis declarari posse indignum haereditate, eamque fisco acquiri (3); ex quo infert Voet, poenam privationis codicillis recte adjici (4).

(1) *L. Si quis ita* 36., *l. Asse toto* 77. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.) *l. Institutio* 10. *ff. de condit. institut.* (28. 7.), *L. Si ita* 38. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

(2) *L. Haeredes palam* 21. §. 1. *ff. qui testam. facer.* (28. 1.)

(3) *L. Haereditas* 4. *cod. de his, quib. ut indign.* (6. 35.)

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 29. *tit.* 7. *num.* 3. *in fin.*

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

§. 166.

Quod diximus, haereditatem testamento datam non posse directo adimi codicillis, atque ademptionem non valere (§. 162.), duplicem exceptionem habet. Prima obtinet in patre, qui, testamento scripserit haeredem extraneum, tum codicillis filios instituerit (1), quia testamenta parentum inter liberos etiam absque solemnitatibus valent (2); et quidem eodem jure, ac caetera consuetis juris solemnibus munita.

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaest.* 61. *num.* 14.

(2) *L. Hac consultissima* 21. §. *Si quis autem* 3. *cod. de testament.* (6. 23.)

§. 167.

Altera exceptio, ait Thesaurus, in eo casu viget, quo septem testes adhibiti fuerint (1); licet enim quis dixerit, se velle codicillos facere, quia tamen nemo praesumitur illud disponendi genus eligere, per quod sua voluntas destruatur, ut alibi diximus de testamento nuncupativo agentes (2); immo voluntates praecipue defunctorum ita semper explicandae sunt, ut exitum sortiantur (3), consequens est, haereditatem hoc actu recte dari, aut adimi: nisi forte appareat, quem de codicillis ita sensisse, ut testamentum facere omnino noluerit; quod vix unquam contingit.

(1) *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 2. *quaest.* 62. *num.* 15.

(2) *V. Tom. VI.* §. 982. *pag.* 243.

(3) *L. Ubi est verborum* 21., *l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)

§. 168.

Modo diximus, codicillos vim testamenti habere posse, si testamentorum solemnia in illis adhibita fuerint (§. praeced.), ex quo sequi videtur, testamentum, quod defectu solemnitatum valere non potest, jure codicilli sustinendum esse, si solemnitatibus codicillorum munitum sit; sed conclusio haec a Romanis jureconsultis non omnino probari videtur, quamquam nec reprobatur. Si ergo quis testamentum facere opinatus sit, nec voluerit, quasi codicillos id valere, nec codicillos, ait Ulpianus, fecisse videtur (1); atque ideo non debetur, quod in illo testamento scriptum est, licet in vim codicilli valere possit (2).

(1) *Saepissime rescriptum, et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit, quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur. D. l.* 1. *in fin.*

§. 169.

Eadem est Pauli, et Papiniani sententia. *Ex ea scriptura*, ait Paulus, *quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent*, peti posse (1): Papinianus vero, specie proposita de eo, qui, tabulis testamenti factis, codicillis adjecerat, *Titium haeredem esse volo*, neque fideicommissariam haereditatem deberi putat, si testamentum facere se existimaverit (2); seu testamentum facere omnino voluerit; prout voluisse judicatur, si Titio vulgarem substitutum dederit (3); cum substitutio directa in codicillis fieri nequeat (4).

(1) *L. Ex ea scriptura* 29. *in princip. ff. qui testament. facer.* (28. 1.)

(2) *L. Illud enim* 13. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 13. §. 1. *in fin.*

(4) §. *Codicillis* 2. *instit. hoc tit.*

§. 170.

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

Sed huic juris subtilitati exceptionem admittunt Jureconsulti, quoties apparet, testatorem voluisse, ut dispositio, quo meliori possit modo, sustineatur (1): puta si testator dixerit. *Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit* (2): potiori ratione, si testator adjecerit, *velle, testamentum, jure codicillorum valere* (3). Ulterius etiam progressus est Scaevola, atque censuit, jure codicilli, (ut ex eo peti possit fideicommissaria haereditas) valere testamentum, cum testator ita praefatus est: *Hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam, et miseram diligentiam: et, si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* (4).

(1) *D. l. Illud enim* 13. §. 1. *ff. h. t.*

(2) *D. l. Ex ea scriptura* 29. §. 1. *ff. de testament. facer.* (28. 1.)

(3) *L. Si miles* 3. *in fin. ff. de testament. milit.* (29. 1.), *l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*, *l. Si jure* 11. *cod. de testamentar. manumission.* (7. 2.)

(4) *L. penult.* §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 171.

Ex his patet, etiam apud Romanos prudentes receptum fuisse, ut testamenta ratione solemnitatis imperfecta sustineantur ex clausula, ut ajunt, codicillari, seu ex clausula, qua testator expresse, vel tacite demonstraverit, se velle, ut testamentum, quod jure testamenti, ob defectum solemnium, valere non potest, jure codicilli valeat, dummodo solemnitates in codicillis requisitae fuerint adhibitae: sed de clausula hac, utpotequae hodie frequentissima est, atque specialibus difficultatibus involuta, seorsim agere praestat.

APPENDIX.

De clausula codicillari.

SUMMARIA.

Clausula codicillaris a testatore omissa ex Romanorum prudentum sententia plerumque non subintelligitur. §. 172.

Clausula codicillaris, atque ei similes apud nos tacite in omni casu subaudiuntur. §. 173.

Proponuntur quatuor distincta quaestionum capita de clausula codicillari sigillatim expendenda. §. 174.

Clausula codicillari fit, ut testamentum, quod nullum est defectu solemnitatum, non autem voluntatis, aut potestatis, codicillorum jure sustineatur. §. 175.

Solemnitates tum intrinsecas, tum extrinsecas testamentorum supplet clausula codicillaris. §. 176.

Cur testamenta imperfecta defectu voluntatis ex clausula codicillari non firmentur? §. 177.

Testamentum conditum a furioso, prodigo, vel alias incapaci ex clausula codicillari non convalescit. §. 178.

Clausulae codicillaris vi institutio directa flectitur in fideicommissariam. §. 179.

Testamentum, quo filii, vel parentes praeteriti fuerint, ex clausula codicillari sustinetur, si praeterito scienter *facta sit.* §. 180.

Clausula codicillaris non firmat testamentum, quo filii sive nati, sive nascituri ignoranter *fuerint praeteriti, si extraneus haeres scriptus fuerit.* §. 181.

Utrum intersit, an in praesens tempus, an in futurum codicillaris clausula concepta sit? An diu vixerit testator post natum posthumum ignoranter praeteritum, nec ne? §. 182.

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod l. 6. tit. 36.

Testamentum ex clausula codicillari sustinetur, licet nascatur posthumus ignoranter praeteritus: vel praeteritus fuerit filius natus, si alter ex filiis a patre haeres scriptus fuerit. §. 183.

Clausula codicillaris, quae non nocuit posthumo, nec etiam plerumque nocet illius haeredi, quamvis extraneus sit. §. 184.

Quid si aliqua sit voluntatis conjectura ad exclusionem posthumi ignoranter a patre praeteriti: vel posthumus vivo patre decesserit? §. 185.

An clausula codicillaris, quae posthumo non nocuit, obesse possit haeredi, cum testator ad conservandam agnationem respexit; haec autem conservatio requirit, ut testamentum sustineatur? §. 186.

Fideicommissum familiae relictum aliquando conservatur tamquam repetitum ab intestato per clausulam codicillarem. §. 187.

Fideicommissum codicillis ab intestato factis relictum praestari debet a posthumo, de quo testator non cogitavit. §. 188.

Quid si defunctus personam speciatim designaverit, quae fideicommissum praestare debeat? §. 189.

Legata, et fideicommissa relicta in testamento, quo filius ignoranter praeteritus fuerit, corruunt, si extraneus in eo scriptus sit. Quid si testator legata ab uno tantum ex filiis praestari voluerit? §. 190., *et* 191.

Legata saltem pia ex quorundam sententia solvi debent, licet testamentum non subsistat, quia filius natus, vel posthumus ignoranter praeteritus sit. §. 192.

Filius scienter praeteritus unam ex usu fori dumtaxat quartam retinet: nisi fideicommissa in diem, vel sub conditione relicta ab intestato fuerint repetita. §. 193.

Fratres, sive scienter, sive ignoranter praeteriti sint, tenentur vi clausulae codicillaris ad praestandum fideicommissum inopi personae a fratre institutae. §. 194.

Probare debet, qui asserit, extitisse filium tempore conditi testamenti, vel posthumum deinceps natum fuisse. §. 195.

Actionis mutandae potestas non competit haeredibus extraneis, utique vero parentibus, liberis, agnatis ad quartum gradum, atque cognatis usque ad tertium. §. 196.

Variare non videtur haeres testamentarius, qui fideicommissum petat ab eo, quem prius legitimum haeredem agnovit. §. 197.

Transitio ad legitimas haereditates. §. 198.

§. 172.

Clausulam codicillarem a testatore penitus omissam juxta leges Romanas non subintelligi (1), omnes fatentur: nisi forte in testamento militari (2), vel singulari personae, et caussae favore (3): passim tamen tradunt pragmatici, in testamento parentum inter liberos eam omnino subaudiendam esse, ex praesumpta testantis parentis voluntate (4), nec non in testamento ad pias caussas (5), singulari nimirum privilegio liberorum, et piae caussae.

(1) *L. Cohaeredi* 41. §. *Quod si haeredem* 3. *ff. de vulgar.*, et *pupillar. substitut.* (28. 6.), *Fab. cod. hoc tit. de codicil. lib.* 6. *tit.* 17. *definit. ult. num.* 1., *et* 2. *in corp.*

(2) *D. l. Si miles* 3. *ff. de testament. milit.* (29. 1.)

(3) *L. In testamento* 38. *ff. de fideicommissar. libertatib.* (40. 5.)

(4) *Argum. d. l. Si miles* 3. *ff. de testament. milit.*

(5) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit. ult. in princip.*

§. 173.

Quia tamen a peritioribus notariis clausula haec, nec non aliae similes, videlicet, ut testamentum valeat eo meliori modo, quo valere possit, in actibus postremae vo-

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

luntatis apponi solent, atque haec plane voluntas testatorum praesumi debet, ut ita actus sustineatur (1), idcirco jure, quo utimur, opportune cautum fuit, ut clausula codicillaris, nec non aliae clausulae, quibus cavet testator, ut testamentum, quod jure testamenti valere nequeat, sustineatur in vim codicilli, aut donationis caussa mortis, aut alio meliori modo, semper subaudiantur (2).

(1) *L. Quoties in actionibus* 12., *l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dubiis* (34. 5.)
(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 20. §. 1.

§. 174.

Hisce praehabitis, quatuor sunt quaestionum capita de clausula codicillari sigillatim expendenda: videlicet 1. Quae sit vis clausulae codicillaris quoad haeredes perperam in testamento directe institutos: 2. Quae sit illius vis quoad alios eodem testamento honoratos, nimirum legatarios, atque fideicommissarios tum singulares, tum universales: 3. Expendendum est, an ex fideicommisso, quod per clausulam codicillarem inducitur, duplex quarta detrahatur, an una dumtaxat: 4. Et postremo, utrum haeredi scripto in testamento, quod jure testamenti non valet, sed sustinetur in vim codicilli, variare liceat, ut ajunt; seu an possit agere tamquam ex codicillo, postquam egit tamquam ex testamento, nec obtinuit.

§. 175.

Quod pertinet ad primum quaestionis caput, unanimis est pragmaticorum sententia, per clausulam codicillarem fieri, ut testamentum, quod jure testamenti nullum est, defectu solemnitatum, non vero voluntatis, aut potestatis, jure codicilli valeat (1) atque ideo haereditas ex eo peti possit, non quidem directo, sed per fideicommissum (2); cum haereditas fideicommissaria codicillis recte detur, vel adimatur (3).

(1) *L. Fideicommissa* 11. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.), *l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Si ei, qui* 2. §. *ult.*, *l. Illud enim* 13. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Haereditatem* 2. *cod. hoc tit.*
(3) *D. l.* 2. *cod. hoc tit.*, §. *Codicillis* 2. *institut. hoc tit.*

§. 176.

Diximus, ex clausula codicillari firmari testamenta imperfecta ratione solemnitatum, sive intrinsecae sint, puta quia filius in eo praeteritus sit, quem tamen institui, jubent leges (1); sive extrinsecae, quia septenarius testium numerus adhibitus non fuerit, dummodo quinque omnino adsint (2).

(1) *Princip. institut. de exhaeredation. liberor.* (2. 13.)
(2) *L. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

§. 177.

Sed testamenta imperfecta defectu voluntatis per clausulam codicillarem non sustinentur (1); etenim clausula codicillaris eo plane consilio adjicitur, ut voluntas testatoris exitum facilius sortiatur (§. 173.); sed, si imperfecta sit voluntas, seu non constet, quid testator cavere voluerit, perperam quaeritur de voluntate sustinenda; neque enim valere potest id, quod non apparet; non entium, et non apparentium, prout fert vulgatum apud pragmaticos axioma, idem esse debet judicium (2).

(1) *D. l. Fideicommissa* 11. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.), *d. l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Duo sunt Titii* 30. *ff. de testamentar. tutel.* (26. 2.), *l. In lege fundi* 77. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 178.

Neque clausula codicillaris vim dare potest testamentis imperfectis ratione potestatis; cum enim, ut supra monuimus, codicillos facere illis tantummodo permittatur, cum quibus activa est testamenti factio (§. 151.), sponte sequitur, testamentum, puta a furioso, prodigo, cui bonis interdictum sit, vel alias incapaci factum ex clausula codicillari neutiquam convalescere, seu non valere jure codicilli (1); alioquin indirecte fraus legi fieret, quod a legum sententia alienum est (2).

(1) *L. Ne codicillos* 5. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Non dubium* 5. *cod. de legib.* (1. 14.)

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

§. 179.

Si ergo testator, ut de extrinsecarum solemnitatum defectu prius verba faciamus, haeredem scripserit Titium, atque sex, vel quinque dumtaxat testes fuerint adhibiti, vel ex rogatis testibus unus, aut alter incapax sit, ex vi clausulae codicillaris fit, ut haeredes legitimi, seu ab intestato venientes censeantur rogati de haereditate per fideicommissum restituenda illi, qui in eo testamento scriptus fuit (1); cum enim voluntas testatoris, quoad fieri potest, sustineri debeat (§. 173.), leges autem non impediant, quominus haereditas codicillis indirecte, seu per fideicommissum detur, vel adimatur (2), directa institutio recte flectitur in fideicommissariam, ut ita exitum habeat testatoris voluntas.

(1) *D. l. Illud enim* 13. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Codicillis*. 2. *in fin. institut. hoc tit.*, *l. Haereditatem* 2. *cod. hoc tit.*

§. 180.

Difficilior est quaestio de testamento, quod irritum sit defectu intriusecarum solemnitatum, seu in quo praeteriti sint filii, vel parentes, quorum instituendorum necessitas legibus imposita est (1). Sane apud omnes constat, testamentum jure codicilli valere, si filius jam natus, vel posthumus, parentes, vel fratres *scienter* praeteriti fuerint a testatore (2); ita quippe suadet testatoris voluntas, ut dispositio vires exerat, quocumque demum modo id fieri possit.

(1) *Princip.*, *et* §. 1. *institut. de inofficios. testament.* (2. 18.)
(2) *V. Tom. VI. pag.* 350. §. 1469., *et* 1470.

§. 181.

Sed si filius (idem est de parentibus a filio praeteritis, non vero de fratribus, quibus nocet praeteritio etiam ignoranter facta (1)) sive natus, sive nasciturus, seu posthumus *ignoranter* praeteritus fuerit a testatore, qui de eo non cogitaverit, unanimis fere est interpretum, atque pragmaticorum sententia, hujusmodi testamentum non sustineri ex clausula codicillari, si extraneus in eo scriptus fuerit (2). Ratio est, quia non potest videri tacite rogatus de haereditate restituenda filius, quem pater se habere nesciebat, vel futurum non cogitabat; inde factum, ut nullum sit testamentum militis, quo filium natum, vel posthumum ignoranter praeterierit (3).

(1) *V. Tom VI. pag.* 350. §. 1471. *ad* 1473.
(2) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 2. *num.* 3. *in corp. V. Tom. VI. pag.* 202. §. 806., *et seq.*
(3) *L. Sicut certi* 9., *et l. seq. cod. de testament. milit.* (6. 21.)

§. 182.

Porro nihil interest, si Thesauro assentimur, an in praesenti, an in futurum tempus clausula codicillaris concepta fuerit (1); licet aliud Fabro placeat (2): neque quod testator diu, veluti per decennium post natos posthumos vixerit, nec testamentum mutaverit (3); quia ex quo supervixit, nec testamentum mutavit, censetur mutare noluisse (4).

(1) *Thesaur. decis.* 141. *num.* 15. *V. Tom. VI.* §. 812., *et* 834.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 4. *per tot.*
(3) *V. Tom. VI. pag.* 208. §. 835.
(4) *Thesaur. d. decis.* 141. *num.* 15., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 4. *num.* 9. *in corp.*

§. 183.

Diximus, non conservari testamentum ex clausula codicillari, quo filius ignoranter praeteritus fuerit: si extraneus a patre scriptus haeres proponatur (§. praeced.): si

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36

enim alium filium sive natum, sive posthumum instituerit pater, alibi defendimus, non rumpi testamentum per nativitatem posthumi ignoranter praeteriti; sicut nec ex praeteritione filii nati; sed tum filio nato, tum posthumo per jus accrescendi dandam esse haereditatis partem una cum caeteris filiis haeredibus institutis; ex praesumpta patris ita testantis voluntate (1).

(1) *V. Tom. VI. pag.* 204. §. 816. *ad* 821., *tum* §. 823. *ad* 825., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 5. *in princip.*

§. 184.

Porro clausula codicillaris, scite adjicit Faber, quae posthumo nocere non potuit, quamdiu vixit, nec etiam nocet illius haeredi, licet extraneus sit: ideoque, posthumo mortuo, haeredes sive legitimi, sive testamentarii non videntur rogati de haereditate restituenda per fideicommissum (1); etsi enim favorabilior sit caussa posthumi filii, quam haeredum extraneorum; attamen semel quaesitum posthumo jus in haeredes transferri debet (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 6. *num.* 1., *et seq. in corp.*
(2) *Argum. L. Qui solidum* 78. §. *Praedium* 3. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 185.

Utrque regula, tum ea, qua diximus, clausulam codicillarem non nocere posthumo ignoranter praeterito (§. 181.); tum altera, ex qua idem jus haeredi tribuitur (§. praeced.), suas habet exceptiones: ut enim praeteream casum, quo testator alios filios haeredes scripserit (§. 183.), censet Faber, vi clausulae codicillaris sustineri testamentum, quo posthumus ignoranter praeteritus sit, si qua adsit voluntatis conjectura ad exclusionem posthumi; puta quia pater diu supervixerit posthumo, nec testamentum mutaverit (1); ex quo innuere videtur velle, ut institutio vim habeat etiam odio ipsius (§. 182.). Atque idem est, si posthumus praeteritus vivo adhuc patre decesserit (2): quo tamen casu testamentum ex aequitate directo sustinetur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 5. *num.* 1. *in corp.*, *Thesaur. d. dec.* 141. *num.* 15.
(2) *Fab. d. definit.* 5. *num.* 2.
(3) *L. Posthumus* 12. *ff. de injust., rupt., irrit. fact. testament.* (28. 3.)

§. 186.

Fieri quoque potest, si Fabro assentimur, ut clausula codicillaris, quae praeterito per ignorantiam posthumo non nocuit, eo mortuo sine liberis, adversus haeredem vires suas exerat: videlicet in eo casu, quo testator respexerit ad conservandam agnationem, atque ideo bona omnino extra familiam alienari prohibuerit: si postumus, matre superstite, decedat, ad quam proinde haereditas legitima perveniret, potius favendum existimat Faber haeredi instituto, qui de agnatione sit, quam matri, vel cuicumque extraneo (1); quia in hoc casu fideicommissum reale a testatore ordinatum sit, cujus petendi jus habent illi, qui sunt de familia, atque in proximo succedendi gradu constituti (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 8. *in princip.*
(2) *L. Omnia* 32. §. *ult.*, *l. Peto* 69. §. *Fratre haerede* 3. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 187.

Addi potest, testatorem, etiamsi de posthumo cogitasset, attamen ad conservandam agnationem aeque dispositurum fuisse, ut haereditas post ipsum ad haeredem scriptum perveniret; atque ita deinceps in familia jure fideicommissi conservaretur (1). In hoc tamen casu institutio directa non flectitur in fideicommissariam; sed fideicommissum familiae relictum conservatur, tamquam per clausulam codicillarem ab intestato repetitum (2), prout in aliis casibus repetitio haec a Romanis prudentibus ex praesumpta testatoris voluntate inducitur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *d. definit.* 8. *num.* 5. *in corp.*
(2) *Fab. d. definit.* 8. *in fin.*
(3) *L. penult.* §. *Filiam* 9., *et* §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36

§. 188.

Caeterum in eo casu, quo filius natus, vel posthumus ignoranter praeteritus sit, multum interest, an testamento inutili adjecta sit clausula codicillaris, an defunctus, intestatus decedere volens, codicillos fecerit, atque fideicommissum in his extranei favore ordinaverit. Si posthumus in testamento per ignorantiam praeteritus sit, plerumque corruit testamentum, nec ex clausula codicillari sustinetur, prout modo diximus. Sed si, codicillis ab intestato factis, ad fideicommissum extraneus quippiam vocatus sit, valet dispositio, atque, licet testator de posthumo nascituro non cogitaverit, attamen fideicommissum a posthumo praestandum est (1); quia haeredes omnes ab intestato venientes, quicumque sint, rogati praesumuntur de fideicommisso restituendo (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit., de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 2. *in princip.*
(2) *L. Si quis* 3. *princip., et* §. 1., *l. Conficiuntur* 8. §. *Si post factum* 3. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 189.

Excipi debet casus, quo defunctus speciatim designaverit personam, a qua fideicommissum praestetur; tunc enim posthumus, de quo onerando non cogitavit testator, fideicommissi praestatione gravari non debet (1). An vero taxative, ut ajunt, an demonstrative tantum adjecta sit persona, quaestio est prudentis judicis arbitrio dijudicanda, diligenter inspectis testamenti verbis, nec non pensatis rerum, atque personarum adjunctis.

(1) *L. Qui gravi* 11., *l. penult. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 17. *d. def.* 2. *in princ.*

§. 190.

Sequitur disputatio de legatis, et fideicommissis secundo loco proposita (§. 174.). In hac autem quaestione non una est omnium sententia. Quidam putant, inter quos Faber, ex clausula codicillari conservari legata, et fideicommissa tum singularia, tum universalia, sive scienter, sive ignoranter filius natus, aut posthumus a patre praeteritus fuerit (1), praeterquam si testator respexerit ad certam personam, nec aliam voluerit legatis, aut fideicommissis onerare (2), prout modo diximus (§. praeced.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *def.* 1., 3., *et* 9. *ubi tamen ex propria sententia loquitur, non ex Senatus Sabaudi placito.*
(2) *Fab. d. definit.* 1. *num.* 6., *et* 7. *in corp.*

§. 191.

Sed aliis, quorum sententiam alibi defendimus, placet, filio ignoranter praeterito, atque extraneo haerede scripto, legata quoque, et fideicommissa, utpote accessoria corruere (1): solvenda autem esse, si alter filius institutus proponatur, pro parte sua a filio praeterito, qui jure accrescendi (§. 183.) gaudet (2): nisi appareat, non omnes filios, sed unum ex ipsis, secundum voluntatem testatoris ad legata, et fideicommissa praestanda obligari; puta si plures instituens filios ab uno tantum legaverit (3): quo sane casu integra legata praestanda non sunt, sed imminuta ex parte hereditatis, quae filio praeterito per jus accrescendi datur (4).

(1) *V. Tom. VI. pag.* 203. §. 814. *junct.* §. 816.
(2) *D. Tom. VI.* §. 822. *pag.* 205.
(3) *D. Tom. VI.* §. 826. *pag.* 206.
(4) *Ibid.* §. 827.

§. 192.

Quae de legatis solvendis, nec ne, a filio nato scienter, vel ignoranter praeterito, tradita sunt, eadem, si juris ratio inspiciatur, servari debent in posthumo, quem pa-

Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29 tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36. ter sciens, vel ignorans praeterierit; attamen apud plerosque pragmaticos invaluit, ut legata saltem pia, rupto etiam per nativitatem posthumi ignoranter praeteriti testamento, praestanda sint (1): quae autem de posthumo dicuntur, pari ratione conveniunt filio nato; cum uterque a parentibus instituendus sit, aut nominatim exhaeredandus (2): quamquam de posthumo ignoranter praeterito potius disputatur, quia facilius contiugit, ut pater de eo non cogitaverit, quam de filio jam nato.

(1) *V. dicto Tom. VI. pag.* 208. §. 836. *ad* 840.

(2) §. *Sed haec quidem* 5., *institut. de exhaeredation. liberor.* (2. 13.)

§. 193.

Quod pertinet ad quaestionem tertio loco propositam, an filius scienter praeteritus duas quartas, videlicet legitimam, et trebellianicam habere possit ex fideicommisso, quod vi clausulae codicillaris inducitur, nec unanimis est pragmaticorum sententia: quidam filiis favent (1), atque sententia haec aliquando probabilior nobis visa est (2): verum hodie magis recepta est opinio, ut ex fideicommissis puris, qualia sunt, quae per clausulam codicillarem inducuntur, una dumtaxat quarta detrahatur tum a liberis, tum potiori ratione a parentibus, et fratribus turpi personae postpositis (3): si tamen expresse, aut tacite, prout aliquando contingit (4), repetita sint fideicommissa ab intestato, atque haec in diem, vel sub conditione relicta fuerint, non dubium, quominus duplicis quartae, seu legitimae, et trebellianicae detractio fiat (5).

(1) *Thesaur. decis.* 141. *num. ult.*, *et in additionib. littera* E.

(2) *V. Tom. VI. pag.* 207. §. 830., *et pag.* 350. §. 1474. *ad* 1478.

(3) *Tom. VIII.* §. 1432., *et seq. pag.* 350.

(4) *L. penult.* §. *Filiam* 9., *et* §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.) *V. supra* §. 187.

(5) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *definit.* 12.

§. 194.

Cum quaeritur de vi clausulae codicillaris ad sustinendum testamentum, quo filii, vel parentes praeteriti sint, distinguendum diximus, et demonstravimus inter praeteritionem scienter, vel ignoranter factam. Sed distinctio haec servanda non videtur in fratribus turpi personae postpositis, quibus ideo legitima in hoc casu debetur (1); atque ideo vi codicillaris clausulae indistincte tenetur ad bona per fideicommissum restituenda turpi personae, quam frater scripserit haeredem (2).

(1) §. 1. *institut. de inofficios. testament.* (2. 18.)

(2) *V. Tom. VI. pag.* 350. §. 1471. *ad* 1473.

§. 195.

Caeterum, cum filii existentia eo tempore, quo testamentum conditum fuit vel posthumi nativitas post scriptas testamenti tabulas res facti sint, onus probandi incumbit ei, qui asserit, sive reus sit, sive actor; cum uterque fundamentum suae intentionis demonstrare teneatur (1): nec ab onere probationis eximit vulgaris praesumptio, qua homo vivere creditur centum annis (2).

(1) *L. Ei incumbit* 2., *l. Ab ea parte* 5., *l. In exceptionibus* 19. *ff. de probationib.* (22. 3.), *l. Qui accusare* 4. *cod. de edend.* (2. 1.) *V. Tom. VI. pag.* 209. §. 843., *et* 844.

(2) *V. ibid.* §. 845.

§. 196.

Postremo superest inquirendum, an variare liceat; seu utrum ille, qui haereditatem in primis petiit tamquam ex testamento, deinceps, veritate cognita, possit eandem postulare tamquam ex codicillo. In hac porro re legibus cautum est, ut electionem habeat scriptus haeres, quo malit, jure uti (1): quod si ab initio unum elegerit, distinguit Theodosius extraneos a parentibus, liberis, et consanguineis. Extraneis mutandae actionis potestatem denegat (2): quam tamen permittit parentibus, liberis, agnatis

usque ad quartum gradum, atque cognatis usque ad tertium (3); ita pro his suadente sanguinis conjunctione. Inst. l. 2. tit. 25. ff. l. 29. tit. 7. Cod. l. 6. tit. 36.

(1) *L. ult. in princ. cod. hoc tit.*

(2) *D. l. ult. in princ., Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *def.* 10. *num.* 2. *in corp.*

(3) *D. l. ult.* §. *Si quis vero* 2. *cod. hoc tit., Fab. d. def.* 10. *num.* 2.

§. 197.

Si tamen haeres institutus testamento, quod ex caussa exhaeredationis perperam factae a patre, vel maternae praeteritionis ruptum est, cum haereditatem ex fideicommisso vi clausulae codicillaris petere posset, adversus legitimum haeredem, tamquam haeredem egerit, adhuc fideicommissum, ait Faber, petere poterit (1); quia variare non judicatur haeres testamento institutus, tametsi postulet fideicommissum ab eo, quem prius legitimum haeredem agnovit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de codicill. lib.* 6. *tit.* 17. *d. def.* 10. *num.* 3.

§. 198.

Haec sunt, quae de successione voluntate hominis delata, sive directe, sive indirecte, et per fideicommissum dicenda erant. Agendum superest de successione intestata, seu quam lex ipsa defert; quoties defunctus non cavit, quid post mortem suam de suis bonis fieri velit, vel rata non habetur ipsius voluntas; utpote legibus neutiquam consentanea.

JURISPRUDENTIÆ
LIBER TERTIUS

TITULUS I.

De haereditatibus, quae ab intestato deferuntur.

Instit. lib. 3. tit. 1. *De haereditat., quae ab intest. defer.*
Digest. lib. 38. tit. 16. } *De suis, et legitim. haeredib.*
Cod. lib. 6. tit. 55.

SUMMARIA.

Successioni legitimae non fit locus, nisi testamentaria deficiente. §. 199.

Successio intestata potissimum legitima vocatur: quamquam testamentariae haec quoque appellatio convenire potest. §. 200.

Intestatus est, qui testamentum non fecit, aut non jure fecit; vel cujus testamentum irritum factum est, aut destitutum. §. 201.

Intestati minus proprie etiam dicuntur, qui testamentum condere nequeunt, puta impuberes, et furiosi. §. 202.

Quid si statutum foeminas excludat a successione intestata favore agnatorum? §. 203.

Quae sint de intestata successione inquirenda? §. 204.

§. 199.

Hactenus, Justiniani methodum secuti, egimus de successione, testamento, vel codicillis directe, vel per fideicommissum delata; atque explicavimus jura, solemnitates, conditiones, effectus successionis testamentariae, cujus prior, et potior caussa est (1): hisce peractis, ordo rerum postulat, ut de successione legitima, seu intestata tractemus.

(1) *L. Quamdiu* 39. *ff. de acquirend. haereditat.* (29. 2.)

§. 200.

Intestata autem successio in jure passim legitima appellatur (1), quia a lege, citra, immo et contra hominis voluntatem immediate defertur (2) liberis, aliisve, quos institui necesse est, ut testamentum valeat (3): quo differt a testamentaria; licet enim haec legitima quoque possit nominari, quatenus testamentariae dispositiones a legibus confirmantur, atque ab illis vim suam obtinent (4), immediate tamen ab hominis voluntate pendet: atque hinc legitimi haeredes a testamentariis distinguuntur, immo alii aliis opponuntur (5).

(1) *L. Ea vera* 3. §. *De illo* 2. *ff. pro socio* (17. 2.)

(2) *L.* 1. *ff. de haereditat. petition.* (5. 3.)

(3) *Princ. instit. de exhaeredation. liberor.* (2. 13.), *princ.*, *et* §. 1. *instit. de inofficios. testament.* (2. 18.)

(4) *L. Lege obvenire* 130. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(5) *L. Nec is, qui* 17. §. 1., *L. In plurium* 70., *l. illud dubitari* 77. *ff. de acquirend. haereditat.* (29. 2.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55.

§. 201.

Cum haereditas intestata, seu legitima non deferatur, nisi testamentaria deficiente (§. 199.), scire praestat, quis dicatur intestatus, seu intestatus decessisse judicetur. Pluribus modis quis potest intestatus decere, seu fit, ut intestatus existimetur: *Intestatus decedit*, ait Justinianus, *qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit: aut id, quod fecerat, ruptum, irritumve factum est: aut si ex eo nemo haeres extiterit* (1): atque iisdem pene verbis intestatum definit Ulpianus (2).

(1) *Princip. institut. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 202.

Si quaeratur, utrum intestati dici possint illi, qui propter aetatem, vel aliud sive corporis, sive animi vitium testamentum condere nequeunt, veluti impuberes, furiosi, respondemus, proprie quidem intestati verbum hisce personis accommodari non posse; cum testandi habitum, seu potentiam, ut ajunt, non habeant: privatio autem, ut fert tritum apud philosophos axioma, supponit habitum: unde lapis non recte dicitur coecus, quia videndi facultatem ex sui natura non habet.

§. 203.

Quia tamen apud jureconsultos haereditas intestata eadem est, ac legitima; nec alia est successionis species praeter eas, quarum una defertur a lege, altera ex hominis dispositione, idcirco intestatus etiam non inepte dicitur ille, qui testamentum facere non potuit (1). Atque hinc alibi diximus, statuta, quae foeminas a successione intestata excludunt favore agnationis, vires habere in successione impuberis odio foeminarum (2).

(1) *D. l.* 1. *ff. hoc tit.*, *l. Qui duos impuberes* 9. *ff. de reb. dub.* (34. 5.), *l. Vel singulis* 37. *ff. de vulgar., et pupillar. substitution.* (28. 6.)

(2) *V. Tom. I.* §. 342. *pag.* 143.

§. 204.

Hisce praemissis, plura sunt quaestionum capita de legitima successione seorsim, ne rerum permixtarum copia tenebras offundat, expendenda. Primo igitur loco investigabimus, quibus modis legitima successio deferatur. 2. Quibus personis. 3. Quo ordine. 4. Quibus in casibus intestata successio denegetur.

CAPUT I.

Quibus modis legitima successio deferatur.

SUMMARIA.

Successio legitima in capita deferri dicitur, cum pro numero personarum haereditatis divisio fit. §. 205.

Successio in lineas ea est, per quam bona ex una linea defuncto quaesita ad eandem revertuntur, altera linea ab hisce bonis exclusa. §. 206.

In stirpes succeditur jure repraesentationis, ex quo remotiores finguntur repraesentare gradum proximioris defunctae personae, ut ita cum proximioribus superstitibus admittantur. §. 207.

Jus repraesentationis naturali aequitate nititur, potissimum in descendentibus, ut partem consequi possint in haereditate ascendentium. §. 208.

Jus repraesentationis olim tantum vigebat in descendentibus respectu patris, atque ascendentium paternorum. Quare? §. 209.

Deinceps non tantum in descendentibus respectu matris, et maternorum ascendentium, sed etiam in filiis fratrum, et sororum hoc jus probatum fuit. §. 210.

Jus repraesentationis remotiori favet, licet ipse proximioris, in cujus locum succedit, haeres non sit. §. 211. Inst. l. 3. tit. 1.

Nepos, cujus pater decesserit ante aditam avi haereditatem, successionem paternam repudiare potest, atque avitam consequi. §. 212., et 213. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Nepoti licet avi successionem, cui pater se non immiscuit, repudiare, et paternam agnoscere. §. 214.

Successorio edicto in legitimis haereditatibus olim locus non erat: sed proximo deficiente, haereditas vacabat, et fisco acquirebatur. §. 215., et 216.

Successionem deinceps praetor in primis admisit favore cognatorum, tum Justinianus favore agnatorum. §. 217.

Si plures sint agnati in eodem succedendi gradu positi, atque unus deficiat, hujus portio caeteris adeuntibus accrescit. §. 218.

Proponitur quaestio utrum suis haeredibus prosit successorium edictum. §. 219. *et* 220.

Si unus ex filiis haereditatem agnoscat, alter ab ea se abstineat, hujus filius repudiatam a patre suo portionem, successorii edicti beneficio, consequi non potest. §. 221.

Quid si existant alii, qui jure repraesentationis fingantur constituti in eodem gradu, quo repudians continetur? §. 222.

Successorio edicto locus esse videtur in suis haeredibus, cum nemo est positus in eodem gradu succedendi, nec jure repraesentationis esse fingitur. §. 223.

Eadem aequitas, quae successionem in cognatis, et agnatis induxit, favet descendentibus. §. 224.

Legis sanctio ex rationis identitate ad similes casus interpretatione extendi potest. §. 225.

Successionem in suis haeredibus non esse, quo sensu dixerit Ulpianus? §. 226.

Nepos avo post ejus mortem suus haeres fieri potest. §. 227.

A querela inofficiosi testamenti ad jus intestatae successionis argumentari non licet §. 228.

§. 205.

Legitima successio tribus modis deferri potest. 1. In capita. 2. In lineas. 3. In stirpes. In capita succeditur, cum haereditas dividitur in tot partes, quot sunt personae constitutae in eodem succedendi gradu (1): atque in capita, seu in personas, et pro numero personarum, eodem ex gradus aequalitate jure utentium, divisio fit; cum singulae proprio jure, et ex propria persona veniant.

(1) *L. Post consanguineos* 2. §. *Haec haereditas* 2. *ff. hoc tit.*, *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque descendentes* 3. §. 1. *in fin.*

§. 206.

Successio in lineas locum habet, cum defunctus solos ascendentes remotiores superstites habet, quorum aliqui ex paterna, alii ex materna linea sunt; hoc quippe casu, quanticumque sint ascendentes remotiores ultra patrem, et matrem in una, vel altera linea; haereditas in duas aequales partes tribuitur; ita ut pars una paternis, altera maternis ascendentibus cedat (1). An vero successio haec in lineas hodierno fori usu vigeat, et quatenus divisio bonorum fiat, suo loco expendemus (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in princip.*

(2) *V. interim Thesaur. decis.* 27. *per tot.*

§. 207.

Postrema successionis species, quae in stirpes fieri dicitur, locum habet, cum succeditur jure repraesentationis, seu cum remotiores succedunt una cum proximioribus, quia finguntur repraesentare gradum alterius personae, quae proximior defuncto erat (1): nimirum stirpis nomine significatur origo personarum; filius est stirps nepotum, nepos pronepotum, et ita deinceps: quod si Sejus plures filios genuerit, Titium, Maevium,

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38 tit. 16 Cod. l. 6 tit. 55.

et Sempronium, ex his procreati, seu nepotes, pro stirpe singuli habent patrem suum; atque ideo, si nepotes ex Maevio, et Sempronio nati in successione Seji concurrant cum Titio, in stirpes divisio fit, ita ut eam partem ipsi ferant, quam habuisset pater, seu stirps, et origo eorumdem, si vixisset (2), cujus gradum repraesentant.

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1. *fer. in fin.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 1., *et cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in princip.*

§. 208.

Ergo jus repraesentationis definiri potest: jus, quo consanguinei gradu remotiores subeunt locum proximioris deficientis. Jus hoc a legibus fictione quadam inductum est, sed maxima nititur aequitate, potissimum in descendentibus; alioquin nepotes, patre praemortuo, omni successionis avitae emolumento carerent; cum tamen aequitas naturalis omnino suadeat, ut nepotes, aeque ac filii primi gradus, a parentibus bona consequantur, ex quibus alimenta, et caetera ad victum necessaria sibi comparent (1). Nihil porro interest, utrum consanguineus deficiat per mortem naturalem, an per mortem civilem (2): quia haec, quod ad civiles effectus pertinet, naturali aequiparatur.

(1) *L. Si quis a liberis* 5. *princip.*, *et* §§. *seqq. ff. de agnoscend.*, *et alend. liber.* (25. 3.)

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *fer. in fin.*, *et cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in princip.*, *l.* 1. §. *Si filius* 4. *ff. hoc tit.*

§. 209.

Sed in hac re non eaedem semper regulae apud Romanos servatae sunt. Olim jus repraesentationis tantummodo vigebat in descendentibus respectu patris, et paternorum ascendentium; quia veteres existimabant niti jure suitatis, ut ajunt (1): quo jure fit, ut filii videantur, etiam vivo adhuc patre, domini bonorum paternorum (2): patre autem sublato, nepotes statim succedunt in locum ejus, et gradum, atque nanciscuntur respectu avi jus sui haeredis, quod pater habebat (3). Cum ergo nepotes locum patris teneant, consequens est, eamdem partem ipsis deberi, quam pater habuisset, sive unus, sive plures ipsi sint (4).

(1) *D. l.* 1. §. *Si filius* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Ut intestato* 3. *cod. hoc tit.*

(2) *L. In suis haeredibus* 11. *ff. de liber. et posthum.* (28. 2.)

(3) *D. l.* 1. §. 4. *ff. hoc tit.*, *l. Posthumorum* 13. *ff. de injust.*, *rupt.*, *irrit.*, *fact. testam.* (28. 3.)

(4) *L. Nepotes* 2. *cod. hoc tit.*, *l. Papinianus* 8. §. *Quoniam autem* 8. *ff. de inofficios. testament.* (5. 2.)

§. 210.

Deinceps, postquam Senatusconsulto Orphiciano inductum fuit, ut matri, et maternis ascendentibus filii sui haeredes essent (1), atque ex principalibus constitutionibus idem jus protractum ad nepotes (2), inter eos quoque recipi debuit jus repraesentationis, quoad maternam successionem (3): tandem idem jus repraesentationis probatum fuit in fratrum, et sororum filiis, ita ut hi, si concurrant cum fratribus defuncti, in stirpes succedant (4).

(1) *Princip. instit. de Senat. Consult. Orphician.* (3. 4.)

(2) §. 1. *instit. eod. tit.*

(3) §. *ult. prop. fin. instit. hoc tit.*

(4) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in princip.*

§. 211.

Ut juri repraesentationis locus fiat, necesse non est, ut remotior sit haeres proximioris, in cujus locum, et gradum succedere vult: quare nepos ad avitam legitimam haereditatem admittitur, licet patris praemortui haereditatem repudiaverit, vel ab eo ex justa caussa exhaeredatus fuerit; tum quia leges nullibi hanc conditionem memo-

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

rant; tum quia duae, et distinctae sunt haereditates, quae proinde non eodem jure regi debent (1).

(1) *Argum. l. Si ex patronis* 10. §. 1. *in fin. ff. de bon. libertor.* (38. 2.)

§. 212.

Difficilior est quaestio, utrum nepos, cujus pater post avum mortuus est, sed ante aditam avi patris sui haereditatem, possit paternum repudiare, atque avitam adire. Quidam negant, ajentes, utramque, videlicet patris, et avi, haereditatem in unam coaluisse, ut proinde una ab altera separari nequeat; cum filius patri ipso jure haeres fiat (1): nec permittendum sit nepoti, ut proprio jure repudiet haereditatem, quam pater non repudiavit.

(1) §. *Sui autem* 2. *instit. de haered. qualitat., et different.* (2. 19.)

§. 213.

Aliis tamen magis arridet contraria pro nepote sententia; atque tradunt, nepoti indulgendum, ut avitam haereditatem agnoscat, paterna repudiata (1); quia licet filius, juris subtilitate inspecta, patri suus, et necessarius haeres sit, attamen beneficio praetoris potest a paterna haereditate abstinere (2): hoc autem abstinendi jus in successores suos, quamdiu illud non abjecit, transferre debet: praeterquamquod, etiamsi concedamus, nepotem ex persona patris sui ad avitam haereditatem venire non posse, si paternam repudiet, nihil tamen impedit, quominus ex propria persona, tamquam proximior, avi haereditatem consequatur (3). Sane, si pater avi successioni se immiscuerit, cum ex immixtione utraque haereditas confusa sit, una ab altera amplius separari non poterit.

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *num.* 4. *prop. fin.*

(2) *D.* §. *Sui autem* 2. *in fin. instit. de haered. qualit., et different.* (2. 19.)

(3) *Argum. l. ult. cod. unde liberi* (6. 14.)

§. 214.

Eadem ratione permittendum quoque nepoti est, ut paternam haereditatem habeat, avita, cui pater nondum se immiscuit, repudiata (1); quia, ut modo diximus, ante immixtionem una haereditas alteri juncta non est; adeoque nihil impedit, quominus ab altera sejungatur (2).

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *num.* 4. *prop. fin.*

(2) *D.* §. *Sui autem* 2. *in fin. instit. de haered. qualit., et different.* (2. 19.)

§. 215.

Affinis huic est alia quaestio, utrum in successione intestata locus sit successorio edicto, seu edicto praetoris, per quod, proximiore consanguineo haereditatem repudiante, vel non adeunte intra praefinita tempora, locus fit sequentibus in gradu. Atque hic quidem distinguendi sunt cognati, seu per foeminas conjuncti ab agnatis, qui per masculos juncti sunt: tum ab his separandi sunt liberi sui haeredes.

§. 216.

Vetere Romanorum jure, certum est, successioni in legitimis haereditatibus locum non fuisse; adeoque haereditas, proximo repudiante, vel, quacumque alia ratione, deficiente, ad sequentes gradus non transmittebatur (1): proinde si frater, puta, decessisset, antequam adiret fratris haereditatem, illius filius adire non poterat (2): atque rationem hujus juris indicat Paulus, ajens, *quia omnis successio proximiori defertur* (3): videlicet quia lex XII. tabularum semel defert haereditatem agnato proximiori; non caeteris graduum sequentium: quare, illo deficiente, haereditas vacabat, et fisco addicebatur (4).

(1) *Ulpian. in fragment. tit.* 26. §. *Si plures* 5. *in fin.*, *l. Post consanguineos* 2. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *Paul. receptar. sententiar. lib.* 4. *tit.* 8. §. *In haereditate* 4.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(3) *Paul. d.* §. 4. *in fin.*

(4) §. *Placebat autem* 7. *institut. de legitim. agnator. succession.* (3. 2.)

§. 217.

Antiqui juris asperitatem in primis emendavit praetor favore cognatorum, successionem in illis admittendo, ita ut, proximiore cognato deficiente, sequenti gradu constituti admitterentur (1): quod beneficium postremo Justinianus ad agnatos protraxit (2) duplici ratione: primam repetit Imperator ex edicto praetoris pro cognatis lato, cum agnati eodem beneficio digni sint: alteram ex onere tutelae successive agnatis debito (3): atque ita servatur aequitas naturalis, quae prohibet, ne commoda ab incommodis secernantur (4).

(1) *L.* 1. §. *Quibus ex edicto* 10. *ff. de successor. edict.* (38. 9.), *d.* §. *Placebat autem* 7. *in med. institut. de legitim. agnator. succession.* (3. 2.)

(2) *D.* §. 7. *prop. fin.*

(3) *L. Tutela legitima* 3. §. *Non tantum* 9. *ff. de legitim. tutorib.* (26. 4.)

(4) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 218.

Si plures sint agnati, ut obiter dicamus, in eodem proximo gradu constituti, et quidam ex his haereditatem omittant, vel quia adire nolint, vel quia non possint, illorum portio caeteris adeuntibus accrescit (1): et quamvis hi, qui adierunt, decesserint, antequam omittentium portio accresceret, attamen haeredes eorum haec portio sequitur (2); quia per aditionem jus quaesitum est in tota haereditate, quod non scinditur, nisi cohaeredes adeant.

(1) *L. Si ex pluribus* 9. *ff. hoc tit.*, §. *ult. institut. de Senat. Consult. Orphician.* (3. 4.)

(2) *D. l.* 9. *in fin.*, *d.* §. *ult. in fin.*

§. 219.

In his passim consentiunt interpretes. Major difficultas est, utrum successio admitti debeat in suis haeredibus. Fingamus, Titium decessisse, relicto filio Sempronio: Sempronius paternam haereditatem repudiat, tum decedit, relicto Maevio filio. Quaeritur, utrum Maevius vi successorii edicti possit avitam Titii haereditatem consequi, nec ne: quod autem dicimus de nepote ex filio, idem dicendum de filio fratris, si hic, idest frater alterius fratris haereditatem repudiaverit, tum decesserit: nempe difficultas est de successione in eadem linea, cum posterior gradus a priore genitus est.

§. 220.

Duae sunt in hac quaestione pugnantes sententiae. Quidam successionem etiam in suis haeredibus, saltem ex novissimo jure, admittunt, seu existimant, filium, cujus pater repudiaverit, vel renunciaverit, ad avi intestati haereditatem admittendum esse: negant alii, vetus, aut novum jus sequentibus in gradu suorum haeredum favere. In primis certa ab incertis sunt secernenda.

§. 221.

Fatentur utique omnes, sequenti gradui locum non fieri, si unus tantum ex pluribus, qui in primo gradu constituti sunt, delatam haereditatem repudiaverit: veluti si fingamus, avo superstites fuisse duos filios, quorum unus haereditati se immiscuerit, alter partem suam agnoscere noluerit; nimirum hoc casu liberi ejus, qui haereditate abstinuit, partem hanc adire non possunt, quippequae jure accrescendi quaeritur alteri fratri, seu patruo, qui delatam sui patris successionem agnovit (1).

(1) *D. l. Si ex pluribus* 9. *ff. hoc tit.*, *d.* §. *ult. institut. de Senat. consult. Orphitiano* (3. 4.) *V. supra* §. 218., *Fab. cod. de pactis lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 15. *num.* 4. *in corp.*

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 222.

Idem ferendum est judicium, si existant alii, qui juris fictione, seu jure repraesentationis fingantur constituti in eodem gradu, ac repudians: veluti si pater filium reliquerit superstitem, atque ex alio praedefuncto filio nepotes: liberi repudiantis avitam haereditatem consequi non possunt odio nepotum; quibus, avo mortuo, jus statim quaesitum est; filius autem repudiantis gradum patris adhuc viventis non potest repraesentare (1); cum leges non nisi in locum praemortui parentis filios jure repraesentationis venire decreverint (2).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 15. *d. num.* 4. *in corp.*, *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *num.* 3. *prop. fin.*

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1., *et cap. Si igitur defunctus neque* 3.

§. 223.

Quaestio ergo ad eum casum pertinet, quo nullus sit in eodem proximo succedendi gradu positus, vel qui talis jure repraesentationis fingatur praeter repudiantem: atque in hac quaestione quidam nepoti favent, alii contra eum sentiunt: utraque sententia suis non contemnendis fundamentis nititur; sed generalibus juris regulis, nec non aequitati magis consentanea videtur eorum opinio, qui putant, successorio edicto locum esse favore suorum haeredum, ita ut, proximiore gradu repudiante, puta filio, sequens idest nepos, avitam haereditatem habere possit, quasi repraesentans gradum patris repudiantis.

§. 224.

Favore cognatorum, et agnatorum repudiantium, vel alia quacumque ratione haereditatem omittentium jus successionis apud Romanos tandem admissum fuisse, supra demonstravimus (§. 217.): atque apertissima sunt Justiniani verba (1). Quinimmo successorium edictum Imperatores produxerunt ad filios, quorum mater propter furorem impedita sit, ne patrui haereditatem, seu bonorum possessionem acciperet (2). Porro eadem aequitas, quae suasit, ut cognatis, et agnatis prospiceretur, favet descendentibus; immo magis favet descendentibus, quam cognatis, et agnatis, cum ratio naturalis bona parentum etiam remotiorum liberis addicat (3); non cognatis, vel agnatis. Ergo jus pro cognatis, et agnatis constitutum ad descendentes protrahi debet (4).

(1) *D. l. Placebat autem* 7. *instit. de legitim. agnator. succession.* (3. 2.)

(2) *L.* 1. *cod. de successor. edict.* (6. 16.), *l. Sive ingenua* 2. *§. ult. ff. ad Senat. Consult. Tertullian.* (38. 17.)

(3) *L. Scripto haerede* 7. *§.* 1. *ff. si tabul. testament. nullae extab.* (38. 6.), *l. Cum ratio naturalis* 7. *in princip. ff. de bon. damnator.* (48. 20.)

(4) *Argum. d. §.* 7. *institut. de legitim. agnator. succession.*

§. 225.

Quod si quis objiciat, hoc utique argumento probari, jus idem pro suis haeredibus constitui debuisse, ac pro agnatis, vel cognatis, non autem vere constitutum fuisse, quod proinde interpretum voluntate suppleri non possit, in promptu responsio est, petita ex ejusdem Romani juris principiis, quibus continetur, ex rationis identitate leges extendi posse (1): atque, cum leges de omnibus casibus ferri vix possint (2), interpretatione statuendum (3), atque ad similia, si eadem adsit ratio, procedendum esse (4).

(1) *L. Illud. quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(2) *L. Neque leges* 10., *l. Non possunt* 12. *ff. de legib.* (1. 3.)

(3) *L. Et ideo* 11., *l. Nam, ut ait* 13. *ff. eod. tit.*

(4) *D. l.* 12. *ff. de legib.*

§. 226.

Quamquam nec omnino certum est, ut contrasentientes arbitrantur, vetere Romano jure suis haeredibus successorii edicti beneficium denegatum fuisse. Nituntur responso

Inst. l. 3 tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Ulpiani, ajentis, successionem in suis haeredibus non esse (1): atque inde colligunt, nepotem, patre repudiante, suum haeredem avo fieri non posse. Sed perperam; etenim jureconsultus hisce verbis tantum innuit, plures suos haeredes successive esse non posse: videlicet, cum suus haeres dicatur ille, qui primum gradum in potestate parentis obtinet, cum idem parens decedit (2), fieri nequit, ut unus tempore mortis suus haeres sit, deinceps alius, quia proximitas desumitur a tempore, quo parens moritur (3).

(1) *L.* 1. §. *Sciendum est* 8. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Sui autem* 2. *instit. de haered. qualitat., et different.* (2. 19.)
(3) *D.* §. 2. *in med.*

§. 227.

Ergo, quia, si proprie loquamur, suus haeres post mortem parentis fieri nequit ille, qui tempore mortis primum in potestate gradum non obtinebat, ad successionem tamquam suus nunquam admitti poterit? Nequaquam: illatio haec plane aliena est ab Ulpiani sententia: cum in eodem textu demonstret jureconsultus, suum haeredem, saltem quoad successionis jus, nepotem avo post ejus mortem fieri posse: veluti si avus patrem exhaeredaverit, extraneo haerede scripto; pater vero decesserit, dum extraneus deliberabat, qui, patre mortuo, repudiaverit (1): vel si pater sub conditione potestativa institutus fuerit, atque decesserit, ea minime impleta (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Sciendum est* 8. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. 8. *prop. fin.*

§. 228.

Longe infirmius est aliud argumentum petitum ex denegata inofficiosi testamenti querela nepotibus, quorum pater exhaeredatus est (1); ut enim praeteream, aliquando etiam concedi, nempe cum extraneus haeres scriptus, vivo filio exhaeredato, deliberabat, eo autem defuncto haereditatem adiit (2), non valet argumentum a querela ad jus successionis; querela difficilius datur, utpotequae parentem furiosum fingit (3): atque iis tantum competit, qui absque legitima caussa exhaeredati sunt: porro nepotes, quos pater praecedit, haeredes instituendi necessitas a legibus injuncta non est (4): adeoque perperam quaeritur, an jure, an injuria fuerint exhaeredati.

(1) *L. Si quis posthumus* 9. §. *Si filium* 2. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)
(2) *L. Si quis filium* 34. *cod. de inofficios. testament.* (3. 28.)
(3) *Princip. institut. de inofficios. testament.* (2. 18.)
(4) §. *Sui autem* 2. *institut. de haered. qualitat., et different.* (2. 19.)

CAPUT II.

Quibus personis intestata successio deferatur.

SUMMARIA.

Successio intestata generatim defertur consanguineis capacibus, atque in praescripto consanguinitatis gradu positis: his deficientibus, viro, vel uxori, tandem fisco. §. 229.

Agnati, vetere Romanorum jure, successionis intestatae emolumentum soli habebant; deinceps Justinianus idem beneficium cognatis indulsit. §. 230.

Affines nec vetere, nec novo jure ad intestatam successionem admittuntur. §. 231.

Successio intestata nec nutritoribus, neque hospitibus, neque tutoribus datur. §. 232.

Haeretici, apostatae, et filii perduellium successionis legitimae incapaces habentur. §. 233.

Alienigenae apud plerasque gentes ad intestatam successionem non admittuntur. §. 234.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Proponuntur plures casus, et diversae quaestiones de jure alienigenarum in successionibus. §. 235.

Alienigenae apud nos non succedunt subditis, neque in bonis allodialibus, nisi civium jura obtinuerint, vel reciproca successio inducta sit. §. 236.

Quid si alienigenae succedere velint alienigenis, qui in ditione mortui sint? §. 237.

Alienigenis subditorum successio difficilius conceditur, quam alterius alienigenae in ditione defuncti. §. 238.

Feudorum successionis incapaces sunt alienigenae, licet per investituram vocati videantur. §. 239., *et* 240.

Alienigenae non succedunt in fideicommissis, vel primogeniis actu inter vivos institutis. §. 241.

Fideicommissariae, vel primogeniales successiones tamquam testamentariae, aut saltem actu postremae voluntatis delatae reputantur, tametsi fideicommissum, aut primogenium inter vivos institutum fuerit. §. 242., *et* 243.

Contractus emptionis, et venditionis facilius permittuntur inter subditos diversorum Principum, quam successiones fideicommissariae, vel primogeniales, licet hae ab actu inter vivos exordium ducant. §. 244.

Alienigenae excluduntur a successionibus, quarum conditio post legem repellentem existit, quamvis ante eam dispositae sint. §. 245., *et* 246.

Quid si fideicommissum ante latam legem alienigenae delatum fuerit, eoque decedente, alter alienigena succedere velit? §. 247.

Origo potissimum inspicitur, ut definiatur, an quis pro cive, an pro alienigena habendus sit. §. 248.

Nativitas accidentalis civitatem nec adimit, nec tribuit. §. 249.

Filius ex patre cive natus civis est, licet ex matre alienigena. §. 250.

Paternae originis ratio non sufficit, ut quis pro cive reputetur; cum parentes in aliam ditionem se transtulerunt animo ibidem commorandi. §. 251.

Civis esse non definit, qui alio se transfert. §. 252., *et* 253.

Vassallus in alienam ditionem se transferens ibi permansurus an successionis sive testamentariae, sive legitimae capax esse pergat? §. 254.

Mulieres nubentes alienigenae apud suos commoranti bona feudalia, atque his similia amittunt: nec deinceps alia ejusdem generis acquirere possunt. §. 255.

Mulier, si alterius ditionis viro nubat, non admittitur ad intestatam feudi successionem. §. 256.

Mulier alienigena jus intestatae successionis non acquirit, quamvis civi nubat, atque in ditione commoretur. §. 257.

Monachi ab intestata, non testamentaria successione excluduntur: clerici utriusque capaces sunt. Equites Jerosolymitani Monachis aequiparantur. §. 258.

Monachus e monasterio discedens successionum omnium capax est, si professio religiosa ex caussa vis, metus, aut simili ab initio irrita fuerit. §. 259.

Monachus ex justa superveniente caussa dimissus haereditatis prius delatae, quam dimitteretur, partem non acquirit. §. 260.

Monachi, quod pertinet ad caussam alimentorum, civiliter mortui non reputantur. §. 261.

Successionis intestatae capaces sunt religiosi, qui solemnia religionis vota non emiserunt. §. 262.

Nepos, cujus pater praemortuus aliquid accepit inter vivos pro omni jure, legitimam successionem avi habet, si, avo vivente, donationem agnoverit. §. 263., *et* 264.

Quid si, mortuo avo donatore, atque delata haereditate, nepos donationi consentiat, et agnoscat, quod sibi datum est ea lege, ne quid amplius petat? §. 265.

§. 229.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6 tit. 55.

Intestata successio generatim defertur consanguineis capacibus, atque in certo consanguinitatis gradu constitutis: (praeterimus, quae de successione libertorum, seu in bonis libertorum Romani juris textus commemorant (1); cum haec plerarumque gentium moribus exoleverint): quod si nulli adsint consanguinei, idest sanguinis vinculo, seu per masculo, seu per foeminas conjuncti, successio intestata defertur viro, vel uxori, et tandem fisco.

(1) *Agit de ea Justinianus in lib.* 3. *tit.* 8., *et* 9. *institut.*

§. 230.

Intestatam successionem deferri dicimus consanguineis, seu sanguinis vinculo per masculos, aut foeminas conjunctis (§. praeced.); licet enim lex XII. tabularum agnatos tantummodo vocaret, utique si nemo existeret suus haeres, vel ex his, qui suorum haeredum loco habentur (1); attamen succedentibus temporibus aequum visum est praetori, successionis beneficium cognatis quoque intra certos limites indulgere (2): tandem Justinianus jura legitimae successionis omnibus cognatis dedit, adempta agnatis omni praerogativa (3).

(1) *Princip. institut. de legitim. agnator. success.* (3. 2.)

(2) *Princip. institut. de successione cognat.* (3. 5.)

(3) *Novell.* 118. *cap. Nullam vero* 4.

§. 231.

Sed quoad affines certum est, nec vetere, nec novo jure ullum successionis jus invicem tributum fuisse (1); neque Justinianus successionis intestatae modum accurate describens (2) affinium mentionem facit. Sane non dubium, quominus affinis, puta privignus, novercae succedere possit, non per se, sed per fratres suos consanguineos, qui matri suae haeredes extiterint, tum intestati decesserint (3).

(1) *Adfinitatis jure nulla successio permittitur. L. Adfinitatis* 7. *cod. commun. de successionib.* (6. 59.). *V. l. Vitrico* 3., *l. Amitae* 5. *cod. eod. tit.* .

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1., 2., 3., 4., *et* 5.

(3) *D. l.* 5. *cod. commun. de successionibus.*

§. 232.

Vix monendum, haereditatem ab intestato non deferri nutritoribus (1), neque hospitibus (2), neque tutoribus, quibus nulla lege hoc jus datum est: quod vero traditur, haereditatem eo pervenire, quo tutela redit (3), nihil aliud significat, quam agnatis, qui jura legitimae successionis habent, onus quoque tutelae gerendae incumbere (4), ne onus ab emolumento sejungatur (5).

(1) *L. Nutritoribus* 10. *cod. commun. de succession.* (6. 59.)

(2) *Auth. Omnes peregrini post d. l.* 10. *cod. eod. titul.*

(3) *L. Quo tutela* 73. *ff. de regul. jur.* (50. 17.)

(4) *L.* 1. *ff. de legitim. tutoribus* (26. 4.)

(5) *L.* 1. *in fin. princip.*, *l. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.*

§. 233.

Quin immo nec sufficit, quem defuncti consanguineum esse, ut ad successionem intestatam admittatur; sed insuper desideratur, ut illius acquirendae capax sit. Incapax autem esse potest, vel ex caussa criminis, vel ex defectu civitatis. Ex caussa criminis ab intestata successione repelluntur haeretici (1), et apostatae (2). An idem de judaeis sentiendum sit, colligi potest ex alibi disputatis (3). Perduellium filii ab avita, paterna, materna, et proximiorum intestata successione excluduntur, ut parentes a tanto scelere filiorum charitate, abstineant (4). Generatim tamen bona damnatorum dantur descendentibus, ascendentibus, et collateralibus usque ad tertium gradum (5): atque ita etiam servatur in grassatione (6).

(1) *L. Cognovimus* 19., *l. ult. cod. de haeretic.*, *et manich.* (1. 5.) Inst. l. 3. tit. 1.
(2) *L. Hi, qui sanctum* 3. *cod. de apostat.* (1. 7.) ff. l. 38. tit. 16.
(3) *V. Tom. V. pag.* 399. §. 1528. *ad* 1530. Cod. l. 6. tit. 55.
(4) *L. Quisquis* 5. §. 1. *cod. ad leg. Jul. majest.* (9. 8.)
(5) *Aut. Bona damnatorum, post l. ult. cod. de bon. proscriptor.* (9. 49.)
(6) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 35. *num. ult.* ✠

§. 234.

Beneficium legitimae successionis iis etiam denegatur, qui maximam, aut mediam capitis diminutionem passi sunt, cum per primam libertas, et civitas amittatur, civitas vero per posteriorem (1); qui autem cives non sunt, haereditatis a civibus acquirendae capaces non habentur (2); quo fundamento apud plerasque nationes alienigenae, seu qui alterius ditionis Principi subsunt, ad intestatam successionem non admittuntur (3); prout apud nos quoque decretum est (4).

(1) §. 1., *et* 2. *inst. de cap. diminut.* (1. 16,)
(2) *L.* 1. *cod. de haeredib. instituend.* (6. 24.), *l. Sed si conditioni* 6. §. *Solemus* 2. *ff. eod. tit.* (28. 5.). *V. Tom. V. pag.* 398. §. 1521., *et* 1522.
(3) *Fab. cod. de verbor. signific. lib.* 6. *tit.* 19. *definit.* 18. *in princip.*
(4) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2., *et seqq.*

§. 235.

Quod pertinet ad jus apud nos in hac re latum, plures casus secernendi sunt. Nempe quaeri potest. 1. Utrum alienigena succedat subdito, qui in ditione bona relinquat, an saltem succedat alteri alienigenae, in ditione morienti, quoad bona ibi posita. 2. Dubitari potest, an lex de alienigenis a successione excludendis complectatur feuda, quorum successio ex investitura defertur. 3. Quid dicendum de fideicommissis, vel primogeniis inter vivos institutis. 4. Utrum extendatur ad praeteritos casus, seu dispositiones factas ante latam legem. 5. Qui inter alienigenas recenseri debeant in hoc argumento.

§. 236.

Alienigenis, cujuscumque gradus, status, aut conditionis sint, sive in ditione domicilium habeant, sive alibi degant, in *subditorum* bonis tum feudalibus, tum allodialibus omnis successio denegatur, sive haec deferatur testamento, sive ab intestato, sive alio quolibet ultimae voluntatis actu: praeterquamsi litteras, ut ajunt, civilitatis, seu naturalitatis a Principe obtinuerint (1): vel nisi reciprocae successionis jus inter alienigenas, et subditos constitutum sit, atque observetur (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2.
(2) *Ibid.* §. 3.

§. 237.

Quod si quaestio sit de successionibus in bonis alienigenarum, qui in ditione decesserint, atque ibi bona reliquerint, generatim statuitur, ut eadem agendi ratio erga ipsos servetur, qua ipsi erga subditos utuntur, tum in successione legitima, tum in testamentaria (1); tum in praestationibus, quae ibi fortassis exigantur, in casibus successionis, vel alio quovis titulo (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 4.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 5.

§. 238.

Ex his constat, difficilius admitti alienigenas ad successiones subditorum, quam ad haereditates alienigenarum; cum postremae alienigenis dentur, dummodo ipsi in pari casu subditos non repellant, licet nec literae civilitatis obtentae fuerint, nec reciproca jurium communio inducta sit (1): priorum vero, seu successionum in bonis subditorum alienigenae capaces non habentur, nisi civium jura speciatim adepti sint, vel generalis

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

inter utriusque Principis subditos reciproca successio inducta sit, atque usu recepta: adeoque non sufficit, subditos in pari casu apud alienigenas ad successionem admitti (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib. 6. tit. 12. §. 4.*

(2) *Reg. Constit. ibid. §. 2., et 3.*

§. 239.

Solutu difficiliores sunt quaestiones deinceps propositae (§. 235.): atque, ut exordiamur ab ea, quae respicit feuda per investituram delata, legislatoris consilio inspecto, tenendum est, legis prohibitione odio extraneorum contineri; cum enim a feudorum possessoribus specialia obsequia Principi tamquam directo domino praestanda sint, atque potissimum fidem Principi vassalli debeant, quae in extraneis magis suspecta est, ex rationis identitate, immo potioritate lex ad feuda protrahi debet, licet nullo postremae voluntatis actu, sed solis investiturae verbis eorum successio regatur (1); maxime quia apud nos vix ulla sint feuda haereditaria, de quibus testamento disponere liceat, sed omnia fere recta, et propria (2).

(1) *L. Et ideo* 11. *cum duab. seqq. ff. de legib.* (1. 3.), *l. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(2) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 3. cap. 1. §. 7.*

§. 240.

His addi possunt alia argumenta ex iisdem Regiis sanctionibus deprompta: iis nempe decernitur, ut filia nubilis, vel mulier jurisdictionem habens, aut jura sive feudalia, sive emphyteutica a directo Princis dominio dependentia, haec amittat, neque ad alia deinceps acquirenda sive actu inter vivos, sive ultimae voluntatis capax habeatur, si nubat alienigenae extra ditionem commoranti (1): eaque jura statim devolvantur ad proximiores in gradu succedendi, exclusis descendentibus ex eo matrimonio (2). Insuper eadem Regia sanctio prohibet, ne alienigenae feuda in ditione posita a quocumque adipiscantur (3). Nemo sane non videt, potiori ratione repellendos esse alienigenas a feudis, in quibus succeditur vi actus inter vivos celebrati, seu ex pacto infeudationis (4).

(1) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 3. cap. 1. §. 7.*

(2) *Reg. Constit. d. §. 7. in fin.*

(3) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 12. §. 6.*

(4) *Argum. d. l. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 241.

Gravior prima fronte est difficultas in fideicommissis, vel primogeniis actu inter vivos institutis; attamen ab his quoque alienigenae, qui jura civitatis a Principe consecuti non sint, vel generali jurium communione non gaudeant, ex legis sententia excludi debent; etenim alienigenis generatim, atque indistincte denegantur jura civium, seu subditorum (1); inter quae profecto recensetur jus succedendi in fideicommissis, aut primogeniis, quocumque voluntatis actu institutis (2).

(1) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 12. §. 1.*

(2) *V. Tom. VIII. §. 806., et seqq. pag.* 200.

§. 242.

Quod si objiciantur ejusdem Regiae legis verba, quibus alienigenae nominatim excluduntur a successionibus testamento, vel alio postremae voluntatis actu delatis (1), respondemus, ex communi hominum aestimatione successiones fideicommissarias, et primogeniales, licet fideicommissum, aut primogenium inter vivos institutum fuerit, tamquam testamentarias reputari, vel saltem tamquam delatas actu postremae voluntatis, quatenus ex voluntate instituentium bona ad vocatos non perveniunt, nisi per alterius obitum: quamquam aliis placet, hasce successiones in legitimarum numerum recensere, quatenus absque ulla testamentaria dispositione vocatis quaeruntur in vim contractus, qui legem imitatur (2).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2.

(2) *L.* 1. *ff. de lege commiss.* (18. 3.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 243.

Profecto, sive ad fori, sive ad communem hominum usum respiciamus, nullum fit discrimen inter successiones fideicommissarias, vel primogeniales, utrum actu inter-vivos, an postremae voluntatis dispositione regantur: verbo dicam, effectus horum jurium, non origo spectatur: cum autem idem sit in utroque casu effectus, iisdem legibus subjici debent, ne ad alienigenas perveniant, contra legislatoris, subditorum utilitati prospicientis, mentem (§. 241.): praeterquamquod, uti jam animadvertimus, etiamsi lex municipalis videri possit inter angustiores limites coercita ex verbis, quibus mentio fit actuum postremae voluntatis (1), generalis tamen, et indefinita sanctio prius proposita (2) restrictionem hanc omnino respuit, non secus ac legislatoris mens, quae potissimum inspici debet (3).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 1.

(3) *L. Et ideo* 11., *l.* 12., *et* 13., *l. Scite leges* 17., *l. In ambigua* 19. *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 244.

Neque etiam nocet, quod objici potest ex facultate alienigenis data acquirendi bona in ditione posita, dummodo ultra duo miliaria sint a confinibus (1); etenim contractus emptionis, et venditionis, atque his similes descendunt a jure naturali secundario, seu primario jure gentium, quod ubique vigere debet, etiam inter subditos diversorum Principum (2); sed ab his inferre non licet ad contractus gratuitos, quos sustineri jus gentium non praescribit: atque ideo Princeps alienigenis, vel favore alienigenarum prohibere potest (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 12. §. 6.

(2) §. *Sed jus quidem* 2. *inst. de jur. natural., gent., et civil.* (1. 2.)

(3) *Argum.* §. *Sed naturalia* 11. *institut. eod. tit.*

§. 245.

In quaestione quarto loco proposita (§. 235.), utrum lex de albinis, seu alienigenis a successione excludendis se extendat ad casus praeteritos, seu an complectatur successiones ante dispositas, quam lex ferretur, sed quarum conditio post eam existit: puta si fideicommissum eo tempore institutum fuerit, quo alienigenae admittebantur, sed illius successio nunc aperiatur, ut ajunt, seu deferatur, affirmandum putamus; quia inconcussa est juris regula, haeredem eo potissimum tempore haereditatis acquirendae capacem esse debere, quo defertur (1).

(1) §. *In extraneis* 4. *instit. de haered. qualitat., et different.* (2. 19.)

§. 246.

Neque aliam sententiam adstruunt verba legis municipalis, quibus cavetur (postquam alienigenis succedendi potestas denegata fuit), ut omnis dispositio, quam ipsorum favore fieri contingat, nullius roboris habeatur, tamquam si facta non esset (1); hisce etenim verbis unice demonstratur discrimen, quod intercedit inter dispositiones factas ante legem *albinatus*, vel post eam faciendas: priores vim suam habent, licet alienigena ob personae accidentalem statum, et incapacitatem a successione excludatur, posteriores vero se ipsis nullius roboris sunt, nec unquam vim habere possunt (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2. *in fin.*

(2) *L. Quod initio* 29. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 247.

Sane, nemini dubium, quominus successor alienigena admitti debeat ad fideicommissum, quod favore alienigenae praedecessoris purificatum fuit, antequam lex albinatus

Inst. l. 3 tit. 1. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6 tit. 55

lata esset; hoc enim posito, alienigena succedit alienigenae, quo casu sufficit, si apud alienigenas eadem agendi ratio erga subditos servetur (1): atque hoc plane sensu traditur, leges futuris utique, non praesentibus, aut praeteritis formam dare negotiis (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 4.

(2) *L. Leges* 7. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 248.

Postremo superest breviter demonstrandum, quis inter alienigenas haberi debeat in hoc argumento, necne. Consentiunt omnes, originem potissimum inspici, ut definiatur, an quis pro cive, an pro alienigena habendus sit: ita ut civis, seu subditus censeatur, qui natus est in ditione; alienigena, qui extra illam (1): dummodo parentes illuc domicilium transtulerint; neque enim sufficit, quem alicubi natum esse casu fortuito, quia parentes peregrinationis, aut alia simili temporali caussa in eo loco reperirentur (2).

(1) *L.* 1. *in princip. ff. ad municip.* (50. 1.), *l. Cives quidem* 7. *cod. de incolis* (10. 39.), *Fab. cod. de verbor. significat. lib.* 6. *tit.* 19. *definit.* 17.

(2) *Fab. cod. eod. tit. definit.* 20. *num.* 3. *in corp.*

§. 249.

Porro, sicut nativitas, ut ajunt, accidentalis, in ditione civitatem non tribuit (§. praeced.), ita civis, seu subditus Principi esse non desinit, qui ex parentibus subditis natus est, sed extra ditionem, cum parentes forte peregrinarentur (1); neque enim parentes, ut per se patet, jura civitatis amittunt, quia peregrinationis, seu negotiorum caussa alio ad tempus se transferant: adeoque nec filii, qui parentum conditionem sequuntur (2), subditi esse desinunt, licet casu alibi nati sint.

(1) *Fab. cod. de verbor. significat. lib.* 6. *tit.* 19. *d. definit.* 17. *num.* 3. *in corp.*

(2) *L.* 1. §. *Qui ex duobus* 2. *ff. ad municip.* (50. 1.)

§. 250.

Si uterque parens subditus sit, consentiunt omnes, filios nasci subditos (1), saltem si parentes in ditione commorentur, ut infra explicabimus. Sed, si alienigena sit alter ex parentibus, interest, an pater civis sit, mater alienigena. Filius ex patre cive natus civis est, licet ex matre alienigena; nam filii patris conditionem sequuntur, non matris (2), nisi vulgo quaesiti sint (3), vel speciali privilegio, ut ait Ulpianus, materna origo censeatur (4).

(1) *L.* 1. §. *Si ex duobus* 2. *ff. ad municip.* (50. 1.)

(2) *D. l.* 1. §. 2., *l. Cum legitimae* 19. *ff. de statu homin.* (1. 5.)

(3) *D. l.* 19. *ff. de statu homin.*, *d. l.* 1. §. 2. *in fin.*

(4) *D. l.* 1. §. 2. *in med.*

§. 251.

Difficultas est in eo casu, quo parentes in aliam ditionem, quae alteri Principi subsit, se transtulerint, animo ibi perpetuo commorandi. Quidam putant, filium adhuc civitatem retinere, ex qua pater originem ducit, ita ut sufficiat paternae originis ratio, ne quis alienigena reputetur (1). Verum contraria sententia, quam alibi probavimus (2), et postea Fabro displicuit (3), solidiori nititur fundamento, cum civitas pendeat ex loco originis, quo quis natus est, nisi haec accidentalis sit (4), non ex loco, quo in lucem editus est pater, quemque deseruit (5).

(1) *Fab. cod. de verbor. significat. lib.* 6. *tit.* 19. *definit.* 18. *num.* 3. *in corp.*, *Argum. l. Adsumptio* 6. §. 1. *ff. ad municip.* (50. 1.)

(2) *V. Tom. I. pag.* 182. §. 486.

(3) *D.* §. 486. *allegat.* 2.

(4) *L.* 1. *ff. ad municipal.*

(5) *Argum. l. Cives quidem* 7. *cod. de incolis* (10. 39.), *l. In lege censoria* 203. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 252.

Cavendum tamen, ne hinc inferatur, patrem, seu eum, qui domicilium in aliam ditionem transfert, civem esse desinere, atque alienigenam fieri; etenim adsumptio originis, ait Ulpianus, perpetua est, nec recusando patriam quis eam mutare potest (1).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *D. l. Adsumptio* 6. *in princip. ff. ad municipal.* (50. 1.)

§. 253.

Quod autem de viro dicimus in alienam ditionem transeunte, idem ex rationis identitate dicendum de foeminis, quae alienigenae apud suos degenti nubunt (1); utique quod pertinet in utroque casu ad bona allodialia; si enim de bonis feudalibus agatur, aliae praescriptae regulae sunt, tum quoad subditos, tum quoad alienigenas feuda in ditione possidentes, quas mox exponimus.

(1) *Argum. d. l. Adsumptio* 6. *in princip.* (50. 1.)

§. 254.

Si ergo de feudis agatur, distinguere oportet, an vassallus subditus sit, an alienigena: tum an illius successio jam sit delata, nec ne. Si vassallus subditus sit, atque in alienam ditionem ibi permansurus transeat, facultate a Principe non obtenta, vel si ibi commoretur ultra tempus rescripto Principis praefinitum, atque ultra decem annorum spatium, vel intra decem annos monitus non redierit, illius bona fisco applicantur (1): quod si facultatem obtinuerit in aliam ditionem migrandi, nullo statuto temporis spatio, ad successionem sive testamentariam, sive intestatam non admittitur, nisi intra biennium, a quo alterutra delata sit, in patriam reversus fuerit (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 16. §. 3.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 4.

§. 255.

Severior regula praescripta est odio mulierum, quae alienigenae extra ditionem habitanti nupserint; cautum quippe, ut excidant tum dominio, tum possessione jurisdictionis, aut jurium, tum feudalium, tum emphyteuticorum, a Principis directo dominio pendentium (1): atque insuper incapaces sint alia hujus generis jura acquirendi, sive actu inter vivos, sive ultima voluntate: ita ut haec devolvantur ad proximiores in gradu succedendi iisdem mulieribus, exclusis descendentibus ab hoc matrimonio (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 7.

(2) *Reg. Constit. dict.* §. 7. *prop. fin.*

§. 256.

An foemina alterius ditionis viro nupta, cui denegatur facultas acquirendi feuda, sive actu inter vivos, sive ultima voluntate (§. praeced.), ad intestatam feudi successionem admitti debeat, anceps videri potest quaestio; cum casus hic expressis verbis non definiatur. Verum legis sententia comprehendi videtur, tum quia facilius plerumque permittitur successio testamentaria, quam legitima (1); tum quia facile contingit, ut mulier haec perpetuo manere debeat extra ditionem, ne a marito discedat: adeoque alio legis capite (§. 254.) contineri videtur.

(1) *L. Humanitatis* 8. *cod. de naturalibus liber.* (5. 27.). *V. infra* §. 258.

§. 257.

Caeterum, sicuti foemina extra ditionem nupta jus civitatis non amittit, atque succedere adhuc potest tum ex testamento, tum ab intestato in bonis allodialibus (§. 253.), ita e converso foemina alienigena civitatis jura apud nos non acquirit, licet cum cive matrimonium contraxerit (1): quamquam subjicitur foro, atque statutis loci, quo degit maritus (2). Sane, non nisi obtentis litteris naturalitatis, alienigenae ad successionem civium admittuntur (3).

(1) *Contrariorum, seu correlativorum ex trito axiomate eadem est ratio. L. Utrum* 7. §. *ultim. ff. de reb. dub.* (34. 5.), *l. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. int. emptor., et venditor.* (4. 54.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(2) *Thesaur. decis.* 123. *num.* 9.
(3) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 12. §. 1.

§ 258.

Sed satis de alienigenis. Monachi, utpote mundo, et civiliter, ut ajunt, mortui, ab intestata successione, non vero testamentaria, excluduntur (1): clerici autem utriusque capaces habentur (2). Quoad Monachos nihil interest, an monasterium acquirendi incapax sit, an capax (3); quinimmo neque haereditatis emolumentum, seu usumfructum habet Monachus (4), cum hic pendeat a jure dominii, quod Monacho denegatur; eodem jure reguntur equites Hierosolymitani, seu Melitenses, ita ut nec legitima ipsis debeatur, quippequi vere religiosi sunt (5).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 5. §. 62., *Fab. cod. de sacrosanct. Eccles. lib.* 1. *tit.* 2. *definit.* 44., *et cod. de Episcop., et cleric. lib.* 1. *tit.* 3. *definit.* 2.
(2) *Reg. Constitut. d.* §. 2. *in fin.*
(3) *Fab. cod. d. lib.* 1. *tit.* 3. *def.* 30. *num.* 3. *in corp.*
(4) *Fab. ibid. num.* 4. *in corp.*
(5) *Fab. cod. eod. tit. def.* 27.

§. 259.

Quod si Monachus e monasterio discedat, et religionem ex justa caussa, atque obtenta a superioribus facultate, deserat, distinguendum est, an professio religiosa irrita ab initio fuerit: puta ex caussa vis, metus, aliavè simili; an rata, sed ex justa caussa superveniente deinceps irrita facta. In primo casu nihil impedit, quominus successionis ille capax habeatur, qui vere numquam Monachus fuit (1): neque praesumptio veritati nocere potest (2).

(1) *Fab. cod. de Episcop., et cleric. lib.* 1. *tit.* 3. *definit.* 32. *num.* 8., *et* 9. *in corp.*
(2) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probationibus* (22. 3.)

§. 260.

In altero casu, quo professio religiosa ab initio rata, legitimi superioris auctoritate, et justa superveniente caussa, rescissa fuerit; vel quo permissum sit Monacho, ut transeat de religione incapaci ad capacem acquirendi, interest, utrum successio legitima delata jam fuerit, eo nimirum tempore, quo Monachus nondum obtinuerat dispensationem; an vero deferatur, postquam capax acquirendi factus est Monachus. In priore casu nullam haereditatis paternae portionem habere potest (1); neque enim jus alteri plene quaesitum auferri debet (2): in altero admittendus est ad successionem (3), nisi Monachi, seu religiosi omnes indistincte excludantur (§. 258.)

(1) *Argum.* §. *In extraneis* 4. *institut. de haered. qualitat., et different.* (2. 19.)
(2) *L. Cum in testamento* 37. *ff. de haered. instituend.* (28. 5.), *l. Si mater* 33. §. 1. *ff. de vulgar., et pupill. substit.* (28. 6)
(3) *Dict.* §. 4 *institut. de haered. qualitat., Voet in Pandect. ad Senatus Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 2., *in fin.*

§. 261.

Quod modo diximus, successionis jam delatae emolumentum Monachis denegari (§. praeced.), non impedit, quominus quaedam bonorum portio alimentorum nomine suppeditanda sit ei, qui e monasterio juste discedit, vel in aliam religionem transit, si in hac annua quaedam pensio solvi debeat religioso cuique vestitus caussa; ut enim scite animadvertit Faber, Monachi in eo, quod pertinet ad caussam alimentorum, mundo mortui non sunt; adhuc edunt, bibunt, et vestimentis corpus tegunt (1). Ergo, quod tradit idem Faber de alimentis denegandis Monacho transeunte ad religionem acquirendi capacem (2), ad eum casum coerceri debet, quo omnia tum ad victum, tum ad vestitum necessaria religiosis a monasterio suppeditentur.

(1) *Fab. cod. de condition. insert. lib.* 6. *tit.* 25. *definit.* 13. *num.* 6., *et* 7. *in corp.*
(2) *Fab. cod. de Episcop., et cleric. lib.* 1. *tit.* 3. *definit.* 30. *num.* 5. *in corp.*

§. 262.

Hactenus dicta pertinent ad eos, qui vere religiosi sunt: seu qui solemnia religionis vota paupertatis, castitatis, atque obedientiae emiserunt: qui autem simplicibus tantummodo hisce votis obstricti sunt: potiori ratione, qui contractu tantum devinciuntur, licet vitam communem degant, non tamen ab intestata successione removentur (1).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *Argum. Fab. cod. de Episcop., et cleric. lib.* 1. *tit.* 3. *definit.* 32. *num.* 9. *in corp.*

§. 263.

Disputat Faber, utrum ad successionem legitimam admittendus sit filius, vel, quod idem est, nepos ex praemortuo filio, qui ex donatione inter vivos aliquid acceperit pro omni jure. Titius, ex praemortuo filio nepotem habens, bona sua omnia extraneo donaverat, exceptis centum aureis, de quibus testari posset: eodem donationis instrumento certam quoque pecuniae quantitatem nepoti institutionis titulo dederat, eumque a reliquis bonis excluserat, deinde intestatus decesserat (1). Quaesitum fuit, an nepos ad legitimam avi haereditatem admittendus esset, an proximiores post ipsum agnati nepotem excluderent.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 4. *in princ.*

§. 264.

In hac quaestione distinguit Faber, utrum nepos donationem agnoverit vivo avo donatore, an post ejus mortem. In primo casu nepoti successionis intestatae emolumentum concedit (1); quia nepos nec utiliter exhaeredari, nec a legitima successione repelli potuerit, nisi instituto alio haerede, atque adita haereditate ex testamento (2); donando autem nemo videri possit testamentum condere, neque liceat per donationem sibi eripere testandi facultatem.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 33. *d. def.* 4. *in princip.*

(2) *L. Filium* 20., *in princip. versic. Sed cum exhaeredatio ff. de bonor. possession. contra tabul.* (37. 4.)

§. 265.

Quod si mortuo avo donatore, et post delatam haereditatem nepos donationi consentiat, atque agnoscat, quod sibi datum est ea lege, ne quid amplius ex haereditate speraret, videri potest, subjicit Faber (1), intestatae successioni renunciasse, prout licet (2): atque ideo legitima haereditas agnatis proximioribus acquiretur. An filii, vel agnati, aut cognati sive naturales, sive spurii successionis intestatae capaces sint, suis locis infra expendemus.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legit. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 4. *num.* 12., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Si quando* 35. §. 1. *in fin. cod. de inoffic. testam.* (3. 28.)

CAPUT III.

Quo ordine deferatur successio intestata.

SUMMARIA.

Successio intestata ex ordine charitatis, atque praesumpta defuncti voluntate defertur proximioribus consanguineis. §. 266.

Justinianus successionis intestatae ordinem congruentius caeteris disposuit. §. 267.

Successionis legitimae, quae jure sanguinis defertur, tres sunt gradus; primus descendentium, secundus ascendentium, tertius collateralium. §. 268.

Quot sint hujusce capitis sectiones? §. 269.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 266.

Cum jus de intestata successione latum naturali consanguineorum erga consanguineos charitati, atque praesumptae ipsorum voluntati subserviat; affectio autem consanguineorum non eadem sit erga consanguineos diversorum graduum, sed major erga proximiores (1); idcirco nec promiscue consanguineos ad intestatam successionem vocare placuit legumlatoribus, sed quendam ordinem constituere; ita ut posterioribus, et remotioribus gradibus non fiat locus, nisi deficiat prior, atque proximior, simul tantum admissis illis, quos ordinata charitas, atque probabilis defuncti voluntas simul vocat.

(1) *L. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 267.

Plures utique leges, diversa senatusconsulta, et praetorum edicta diversis temporibus apud Romanos prodierunt de modo, atque ordine succedendi ab intestato (1): sed palmam omnibus praeripuit Imperator Justinianus novissima sua constitutione; qua profitetur, nec immerito, *se omnes simul ab intestato cognationum successiones .... clara, compendiosaque divisione disponere;* ita ut dumtaxat imposterum servari debeat lex, quam ipse constituit, abrogatis prioribus legum sanctionibus (2), quatenus huic contrariae sunt (3).

(1) *Novell.* 118. *in praefat.*

(2) *D. Novell.* 118. *in praefat.*

(3) *L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appell.* (7. 62.)

§. 268.

Tres porro sunt, subjicit Justinianus, successionis ab intestato gradus: videlicet descendentium, ascendentium, et collateralium, sive hi cognati sint, sive agnati (1): quod quidem pertinet ad legitimam successionem, quae jure sanguinis defertur: si autem nulli sint consanguinei, adhuc locus fit viro, aut uxori: atque, his omnibus deficientibus, fiscus admittitur: quinimmo, cum speciales quaedam regulae observentur in successione consanguineorum ultra fratres, et fratrum filios, idcirco seorsim de hac agendum erit.

(1) *D. Novell.* 118. *in fin. praefat.*

§. 269.

Sex igitur erunt hujusce capitis sectiones. In prima agemus de successione descendentium: in altera de successione ascendentium. Tertio loco expendemus, qua ratione fratres, et fratrum filii successionis emolumentum consequantur. Quarto loco consanguineorum jura explicabimus. Quinto paucis verba faciemus de successione conjugum. Sexto, et postremo jus fisci in bona vacantia demonstrabimus.

Sectio I.

De successione descendentium.

SUMMARIA.

Descendentes primum locum tenent in ordine successionis intestatae. §. 270.

Diversae servantur regulae in successione intestata inter descendentes primi gradus, atque ulteriorum graduum. §. 271.

§. 270.

Cum naturalis ratio quasi lex quaedam tacita parentum bona filiis addicat (1), ut ab illis necessaria ad victum consequantur, a quibus vitam habuerunt, prima, et potior in legitima successione est descendentium caussa (2): descendentium, dicimus, ut

significemus, non tantum filios primi gradus, sed et posteriorum graduum liberos, habita utique proximitatis ratione, ad parentum haereditatem admitti: prout inferius explicabimus. Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55

(1) *L. Scripto haerede* 7. §. 1. *ff. si tabul. testament. null. extab.* (38. 6.), *l. Cum ratio naturalis* 7. *in princip. ff. de bon. damnator.* (48. 20.)

(2) *Novell.* 118. *in fin. praefat.*, *et cap.* 1.

§. 271.

Quia vero non eaedem omnino vigent juris regulae inter descendentes primi, et ulteriorum graduum, cum de legitima successione tractatur, idcirco seorsim de utroque genere successionis disserere praestat. In primo articulo inquiremus, utrum filii omnes aequo jure ad paternam, vel maternam successionem admittantur: in altero regulas explicabimus, quibus regitur intestata successio nepotum, caeterorumque post ipsos descendentium.

ARTICULUS I.

De successione descendentium primi gradus.

SUMMARIA.

Filii sub patris potestate constituti non tam succedere mortuo patri, quam in dominio bonorum perseverare videntur. §. 272.

Olim filii emancipati ad paternam intestatam successionem non admittebantur. Quid de matris, et maternorum ascendentium haereditate? §. 273.

Diversae sunt prae oculis habendae conditiones filiorum, cum quaeritur de jure successionis intestatae in bonis ascendentium. §. 274.

§. 272.

Filios primi gradus, si sub patria potestate permanserint usque ad mortem patris, successionis intestatae jure gaudere, apud omnes constat; atque ita lege XII. tabularum primis Romanae reipublicae temporibus cautum fuit (1); cum immo non tam succedere patri, quam in dominio bonorum paternorum quodammodo perseverare videantur (2).

(1) §. 1., *et* 2. *instit. hoc tit.*, *Novell.* 118. *cap.* 1. *in princip.*

(2) *L. In suis haeredib.* 11. *ff. de liber.*, *et posthum.* (28. 2.)

§. 273.

Sed aliud jus olim vigebat pro filiis emancipatis, aliisque potestatis vinculo patri minime conjunctis: nec non in successione matris, maternorumque ascendentium, quibus nec patria potestas unquam concessa fuit: quamquam, succedentibus temporibus, aequitate potius, et humanitate, quam subtilitate juris inspecta, filii non tantum masculini, sed et foeminei sexus ad parentum successionem admissi fuerunt: prout ex dicendis constabit.

§. 274.

Quae diversis temporibus de hac re constituta fuerunt, et potissimum, quae hodie servantur, distinctis quatuor quaestionibus inquiremus. In prima agemus de jure filiorum emancipatorum, et adoptivorum in successione parentum: in altera de jure filiorum extra legitimas nuptias susceptorum. In tertia investigabimus, utrum legitimatio sive per subsequens matrimonium, sive per rescriptum Principis successionis intestatae jura tribuat. Postremo expendemus, an foeminae eodem jure gaudeant in successione ascendentium, ac masculi.

Inst. l. 3. tit. 1
ff. l. 38. tit. 16.
Cod. l. 6. tit. 55.

QUAESTIO I.

An filiis emancipatis, et adoptivis jus legitimae successionis competat.

SUMMARIA.

Emancipati filii novissimo jure intestatam patris successionem consequuntur aeque ac caeteri in potestate retenti. §. 275.

Quid si filius, emancipatus a patre naturali, se in adrogationem dederit, nec ante mortem patris naturalis ab adoptivo emancipatus fuerit? §. 276., et 277.

Filii prius emancipati a patre naturali, eoque mortuo ab adrogante dimissi tum naturalis, tum adoptivi legitima successione carent. §. 278.

Vocantur tamen ad intestatam successionem patris naturalis a praetore ex capite Unde cognati, *seu in ordine cognatorum post agnatos.* §. 279.

Filii adrogati adhuc succedunt adroganti cum caeteris liberis legitimis naturalibus. §. 280.

Filii adoptati ab avo paterno, vel materno successionis legitimae jura in hujus bonis consequuntur. §. 281.

Quid si extraneae personae filius a patre naturali in adoptionem datus sit? §. 282.

Cur filius ab ascendente adoptatus omnia sui haeredis jura acquirat, et patri naturali extraneus fiat: non vero si extraneus eundem adoptaverit? §. 283., et 284.

Filius extraneo in adoptionem datus jura legitimae successionis acquirit quoad patrem adoptivum; non vero quoad illius familiam, nec vicissim. §. 285.

§. 275.

In primis quod ad intestatam filiorum emancipatorum, vel adoptivorum successionem pertinet, jus antiquum a novo secernendum est. Jure vetere XII. tabularum liberis emancipatis parentum intestata successio non competebat (1); quippequi pro extraneis habebantur (2): sed praetor naturali aequitate motus, et naturae jura potius respiciens, quam legum subtilitatem, emancipatos una cum suis ad haereditatem vocavit (3), rescissa emancipatione, seu capitis diminutione (4), quod praetoris edictum Justinianus confirmavit (5); ita ut etiam jure civili hodie emancipatis legitima successio competat.

(1) §. *Emancipati autem* 9. *instit. hoc tit.*
(2) *L. Capitis diminutione* 11. *ff. hoc tit.*
(3) *D.* §. 9. *instit. hoc tit.*
(4) *L. Sed cum patrono* 6. §. 1. *in fin. ff. de bonor. possession.* (37. 1.)
(5) *D. Novell.* 118. *cap.* 1.

§. 276.

Quod modo diximus de jure filii emancipati in successione parentum, exceptionem habet, si filius emancipatus a patre naturali se in adrogationem dederit, atque sub patris adoptivi potestate manserit, nec ante patris naturalis mortem ab adoptivo emancipatus fuerit (1): cum enim per adoptionem acquirat jus legitimae successionis in bonis patris adoptivi (2), cessat commiserationis ratio, quae legislatores potissimum movit, ut emancipatos liberos suis exaequarent in jure succedendi.

(1) §. *At hi, qui* 10. *in princip. instit. hoc tit.*, *l. Liberi* 4. *ff. si tabul. testament. null. extab.*
(2) §. *Sed hodie* 2. *in princip. instit. de adoption.* (1. 11.)

§. 277.

Sed haec ita, si usque ad mortem patris naturalis in familia adoptantis fuerint filii (§. praeced.); si enim pater adoptivus eos antea emancipaverit, perinde admittuntur

ad successionem patris naturalis, ac si nunquam adoptati, seu adrogati fuissent (1): quod ex aequitate constitutum fuit: quia per emancipationem a patre adoptivo factam extranei fiunt quoad illius successionem (2): adeoque omni prorsus successionis emolumento carerent, nisi ad successionem patris naturalis rursus admitterentur.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *D.* §. *At hi, qui* 10. *post init. institut. hoc tit.*

(2) *D.* §. 10. *institut. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Liberos* 6., *d. l. Liberi* 4. *ff. si tabul. testament. nul. extab.* (38. 6.)

§. 278.

Quod, si naturali patre defuncto, adoptivus parens liberos e potestate dimittat, liberi utraque intestata successione carent: adoptivi quidem patris, quatenus emancipati sunt (1), naturalis vero, ne jus successionis agnatia quaesitum auferatur: quamquam Justinianus aliam hujusce juris rationem allegat: videlicet ne sit in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant; vel ad liberos, eos emancipando ante mortem patris naturalis, vel ad agnatos, si post hujus mortem eos e potestate dimittat (2).

(1) *Dict.* §. *At hi, qui* 10. *institut. hoc tit.*

(2) *Dict.* §. 10. *in fin.*

§. 279.

Licet autem liberi post mortem patris naturalis ab adoptante emancipati ad patris naturalis legitimam successionem amplius non admittantur ex capite, ut ajunt, *unde liberi*, seu ex ea praetorii edicti parte; qua praetor liberos vocat, admittuntur tamen ex alio ejusdem edicti capite, *unde cognati*, seu quo vocantur cognati; sed nonnisi post liberos, atque agnatos; idest utrisque deficientibus (1), juxta ordinem a praetore constitutum: *ante enim praetor*, ait Justinianus, *liberos vocat tam suos haeredes, quam emancipatos, deinde legitimos haeredes*, idest agnatos, prout cautum lege XII. tabularum; tertio proximos cognatos (2).

(1) §. *Admonendi tamen* 13. *institut. hoc tit.*

(2) §. 13. *in fin.*

§. 280.

Haec vetere Romanorum jure observabantur: quod Justinianus partim retinuit, partim abrogavit. Intactum jus vetus reliquit Imperator in eo, quod pertinet ad liberos adrogatos, seu patres familias, qui alteri se adoptandos tradunt (1): atque ideo ab intestato succedunt patri adroganti una cum caeteris liberis legitimis, et naturalibus.

(1) §. *Sed ea omnia* 14 *in fin. institut. hoc tit.*, *l. penult.* §. *ult. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

§. 281.

Quoad adoptivos vero, seu filiosfamilias a patre naturali in adoptionem datos, distinxit Justinianus, utrum ab avo materno, vel paterno adoptati sint, utrum ab extraneo, seu ab alia quacumque persona praeter avum paternum, vel maternum. Filius a patre in adoptionem datus avo materno, vel paterno (in eo videlicet casu, quo ipsius pater emancipatus sit, vel alio quovis modo extra patriam potestatem constitutus), omnia sui haeredis jura consequitur; quia in hoc casu concurrit tum naturalis cognatio, tum civilium legum auctoritas (1): sed amittit jus intestatae successionis erga patrem (2).

(1) *D.* §. *Sed ea omnia* 14. *in fin. instit. hoc tit.*, *d. l. penult. in princip. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(2) *D. l. penult. in princip.*

§. 282.

Si vero pater filium suum adoptandum tradat extraneae personae, filius in hoc casu non transit in potestatem, et familiam patris adoptivi, sed remanet in potestate patris

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55.

naturalis, et omnia filiorum jura retinet: ex quo sequitur, impune posse praeteriri, vel exhaeredari a patre adoptivo: quamquam jus legitimae successionis habet, si pater adoptivus intestatus decedat (1).

(1) *D. §. Sed ea omnia* 14. *fere in princip., d. l. penult. §.* 1. *cod. de adoptionib.* (8. 48.)

§. 283.

Cur filius ab ascendente adoptatus jura sui haeredis acquirat, ita ut non tantum ab intestato succedat, sed nec impune praeteriri, aut exhaeredari possit, patri autem naturali velut extraneus fiat: contra retineat omnia jura sua erga patrem naturalem, si extraneo in adoptionem datus sit (1), praeter allatam ab Imperatore Justiniano discriminis caussam, quod in ascendente adoptante concurrunt tum naturalia, tum civilia jura, alia insuper addi potest: videlicet non ita facile contingere, ut avus paternus, vel maternus nepotem, quem in locum filii adsciverunt, e potestate dimittant; aliter suadente naturali affectione: adeoque spes successionis avitae ei sufficere debet; licet excludatur ab haereditate patris naturalis (2).

(1) *D. §. Sed ea omnia* 14. *instit. hoc tit., d. l. penult. in princip. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(2) *D. l. penult. in princip., versic. Sed avita.*

§. 284.

Contra facile timendum est, ne extraneus adoptivum filium emancipet; quo facto, si veteris juris sanctio servaretur, filius tum adoptivi, tum naturalis patris successione careret: quod ab aequitate alienum merito censuit Justinianus; indeque constituit, ut jura patris naturalis erga filium, et vicissim jura filii erga ipsum intacta maneant (1).

(1) *D. §. Sed ea omnia* 14. *institut. hoc tit., d. l. penult. §.* 1. *cod. de adoptionibus* (8. 48.)

§. 285.

Unum hic superest monendum; scilicet filium extraneo in adoptionem datum jura quidem legitimae successionis habere quoad patrem adoptivum, non vero quoad patris familiam; nec vicissim haec jurium filii adoptivi particeps fit: *si intestatus pater*, verba sunt Justiniani, *extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui haeredis jus ad ejus tantummodo successionem; ut non etiam legitima jura ad familiam extranei patris adoptivi habeat; nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur* (1).

(1) *D. l. penult. §.* 1. *in fin. cod. de adoptionibus* (8. 48.)

Quaestio II.

An, et quatenus filii illegitimi jus intestatae successionis habeant.

SUMMARIA.

Naturales liberi, atque spurii succedunt matri cum legitime natis. §. 286.

Filii, ex complexu a legibus civilibus damnato geniti, neque ab intestato, neque ex testamento matri succedunt. §. 287.

An filii progeniti ex conjugato, et soluta ad successionem admittantur? §. 288.

Qui ex complexu secundum leges civiles punibili nati sunt, nec sibi invicem, nec maternis cognatis succedunt. §. 289.

Matrimonium inter virum, et mulierem, quae prius adulterio polluta fuerit, jure canonico prohibetur, nisi post peractam poenitentiam. §. 290.

Neque etiam peracta poenitentia inter has personas nuptiae consistunt, si adulter fidem adulterae dederit, hujus viro vivente; vel adultera in prioris viri necem molita sit. §. 291.

Filii nati ex matrimonio cum adultera, quae nec fidem habuit, nec in viri necem molita est, intestatam matris successionem habent. §. 292., *et* 293.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55

An ratum sit in utilitatem liberorum, quod conjuges matrimonium illicitum contrahentes sibi invicem donarunt contemplatione, et favore ejusdem matrimonii. §. 294., *et* 295.

Nepotes ex filia naturali, vel spuria progeniti, etiam extra legitimas nuptias, jure repraesentationis succedunt avo, et aviae maternae, si mater praedecesserit. §. 296.

Filii naturales, et spurii ad matris illustris successionem hodiernis moribus admittuntur. § 297.

Filii naturales patri ab intestato non succedunt, si legitima proles, vel legitima conjux superstes sit. §. 298.

Filii naturales duas uncias cum matre dividendas in legitima patris successione habent, si neque liberi, neque legitima uxor supersit. §. 299.

Filii naturales, seu nati ex concubina, an duas uncias hodierno fori usu consequantur in successione intestata patris? §. 300.

Filii spurii, si modo de certitudine prolis constet, ad patris successionem ab aliquibus admittuntur. §. 301.

Filius, qui se naturalem dicit, talem se probare debet, si de intestata, non testamentaria successione disceptetur. §. 302.

Filii adulterini, incestuosi, nefarii, aut sacrilegi ab intestato patri non succedunt: attamen ex aequitate canonica alimenta illis dantur. §. 303.

§. 286.

Illegitimi filii vel naturales sunt, vel spurii, incestuosi, adulterini, nefarii, vel sacrilegi, prout alibi ex proposito diximus (1). Quod ad naturales, et spurios spectat, distinguendum est, an de materna, an de paterna intestata successione quaeratur. Naturales liberi, non secus ac spurii succedunt matri una cum legitime natis (2), si modo mater illustris non sit: cum autem mulieribus illustribus castitatis observatio, ut ait Justinianus, praecipuum debitum sit, idcirco naturales utique cum legitimis concurrunt, non vero spurii (3). Spurios autem hic habemus, qui vulgo quaesiti sunt, naturales, qui ex concubina (4).

(1) *V. Tom. I.* §. 428., *et seqq. pag.* 166.

(2) *L. Si suspecta* 29. §. 1. *ff. de inofficios. testament.* (5. 2.), *l. penult. in fin. cod. ad Senat. Consult. Orphician.* (6. 57.), *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 7. *in princip.*

(3) *D. l. penult. in med.*

(4) *Fab. d. def.* 7. *in princ.*

§. 287.

Aliud dicendum de illis, qui nati sint ex complexu damnato a legibus civilibus, seu quem leges civiles puniunt: puta si vir conjugatus, vel etiam solutus ex foemina nupta liberos susceperit (1); nam hi legibus incogniti, immo invisi sunt, ut nec testamentariae, nec multo minus legitimae successionis a matre capaces habeantur: praeterquam in caussam alimentorum, prout aequitate canonica inductum est (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 7. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*

(2) *Fab. d. def.* 7. *allegat.* 3.

§. 288.

Contra, liberos progenitos ex viro conjugato, et matre soluta ad matris successionem tum intestatam, tum testamentariam, admittere placuit (1): quia, licet adulterium

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

hoc secundum divinas, atque canonicas leges non minorem poenam mereatur, quam prius (§. praeced.), attamen leges civiles in illud aeque non animadvertunt: adeoque nihil prohibet, quominus jus succedendi sive ex testamento, sive ab intestato, quod ex legibus civilibus est (2), hisce personis competat.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 8.

(2) *L. Verbis legis* 120., *l. Lege obvenire* 138. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 289.

Quaerit obiter laudatus Faber, utrum progeniti ex complexu, quem leges civiles damnant, possint succedere sibi invicem, aut iis, qui ex latere matris cognati sunt: atque negantium sententiam, utpote magis communiter receptam, defendit (1); et merito: nec enim beneficium successionis, quod legum civilium auctoritate firmatur (§. praeced.) indulgeri debet illis, qui iisdem legibus incogniti, et invisi sunt (§. 287.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *d. def.* 8. *num.* 4. *in corp.*

§. 290.

Sed quid dicendum de filiis progenitis ex matrimonio cum ea celebrato, quam vir prius per adulterium polluerat? Poteruntne ad matris intestatam successionem admitti? Ut quaestio haec definiatur, praemittendum est, jure canonico prohiberi matrimonium inter virum, et mulierem, quae per adulterium prius polluta fuerit (1): nisi post peractam tanti sceleris poenitentiam (2).

(1) *Canon.* 1., *et passim causs.* 31. *quaest.* 1., *cap.* 1. *extra Decret. Greg. de eo, qui duxit in matrim.* (4. 7.)

(2) *Canon. Si quis vivente* 5., *canon. Si qua vidua* 7. *ibid.*

§. 291.

Quin immo duo sunt casus, in quibus, peracta etiam poenitentia, nuptiae inter has personas prohibentur: videlicet. 1. Si adulter fidem adulterae, vivente hujus priore viro, dederit contrahendi post conjugis mortem matrimonii (1). 2. Si adultera machinata sit in necem prioris conjugis (2); his quippe duobus casibus nec post poenitentiam nuptiae permittuntur, ob facinoris atrocitatem, et votum captandae mortis, quod fides inopportuno tempore data inducit (3).

(1) *Canon. Relatum est* 4. *d. causs.* 31. *quaest.* 1., *d. cap.* 1. *extra Decret. Greg. de eo, qui dux. in matrimon.* (4. 7.)

(2) *D. canon. Si quis vivente* 5. *prop. fin. causs.* 31. *quaest.* 1., *d. cap.* 1. *de eo, qui dux. etc.*

(3) *D. canon.* 5. *in fin.*

§. 292.

Hisce praemissis, tradit Faber, liberos natos ex matrimonio contracto cum adultera, quae nec in prioris viri necem molita sit, nec fidem de matrimonio contrahendo, cum adhuc prior conjux in vivis esset, ab adultero acceperit, ad matris successionem admittendos esse, licet ante peractam poenitentiam nuptiae celebratae fuerint (1); rationem adjicit; quia conjunctio haec jure quidem Pontificio illicita est, sed civilibus legibus non punitur: adeoque impedire non debet jus succedendi, quod jure civili regitur (§. 288.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 9. *num.* 3., *et* 4. *in corp.*

§. 293.

Sed in aliis duobus casibus, quo vel fides data de matrimonio sit adulterae, vivente priore ejus viro, vel adultera in necem prioris conjugis molita sit, tum adultero nupserit, liberis ex hac illicita conjunctione progenitis nullum jus ad intestatam matris successionem competit (1); quia conjunctio haec, utpote a bonis moribus, et naturali aequitate prorsus aliena, etiam punibilis est secundum leges civiles (2), quae improbant futurae successionis pacta, ob id dumtaxat, quod votum captandae mortis inducunt (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 33. *d. def.* 9. *num.* 3. *in corp.*

(2) *Argum. l. Pactum, quod dotali* 15. *cod. de pact.* (2. 3.), *junct. l. Si quis incesti* 6. *cod. de incest. nupt.* (5. 5.)

(3) *L. ult. cod. de pactis. V. Tom. IV.* §. 1364., *et seqq. pag.* 356.

§. 294.

An vero ratum esse debeat, quod conjuges, tale matrimonium illicitum contrahentes, sibi invicem contemplatione, et favore matrimonii donaverint, ratum, inquam, in utilitatem liberorum ex eo matrimonio nasciturorum, ejusdem distinctionis ope definiendum est: videlicet si matrimonium contractum fuerit cum ea, quae prius per adulterium polluta fuit, atque haec prioris mariti vitae insidias molita sit, vel fidem de futuro conjugio ab adultero habuerit, fisco, juxta legum Romanarum sanctionem (1), emolumentum hoc addici debet (2); quia non tantum jure Pontificio, sed etiam civili, propter votum captandae mortis, haec conjunctio improbatur.

(1) *D. l. Si quis incesti* 6. *cod. de incest. nupt.* (5. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de legit. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 10. *num.* 4., *et* 5 *in corp.*

§. 295.

Sed extra hos casus, cum lex civilis non damnet matrimonium cum adultera contractum, licet nulla praecesserit poenitentia (§. 292.), consequens est, ne fisco addicendum, quod ejusdem matrimonii favore conjuges sibi invicem donarunt, sed liberis ex eo progenitis (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 33., *d. definit.* 10. *num.* 6., *et* 7. *in corp.*

§. 296.

Disputant hac occasione interpretes, utrum jus repraesentationis admitti debeat in successione filiorum naturalium, vel spuriorum: seu utrum nepotes ex filia naturali, vel spuria progeniti, sive in legitimis nuptiis, sive extra illas, succedant jure repraesentationis avo, et aviae maternae, si mater ipsorum praedecesserit. Probabilior videtur sententia affirmantium; quia respectu matris, et maternorum ascendentium tum naturales, tum spurii, seu vulgo quaesiti vere cognati habentur; ita ut non tantum mater ipsis, sed et ipsi inter se succedant (1): immo Modestinus vulgo quaesitos ad intestatam successionem aviae maternae admittit: eadem porro ratio est succedendi aviae, ac avo materno (2).

(1) *L. Hac parte* 2., *l. Si spurius* 4. *ff. unde cognati* (38. 8.)

(2) *L. Modestinus* 8. *ff. eod. tit.*

§. 297.

Praeterea disputant interpretes, utrum hodiernis moribus recipi debeat Romanarum legum distinctio inter matrem illustrem, et non illustrem (1). Sane castitatis observatio vigere debet non tantum in mulieribus illustribus, sed etiam in caeteris; licet in illis potissimum desideretur (2): atque commiseratione digni sunt etiam spurii, qui ex matribus illustribus geniti sunt: unde plures inferunt, spurios aeque ad successionem matris illustris admittendos esse (3).

(1) *De qua diximus supra* §. 282.

(2) *Ut ait Justinianus in d. l. penult. cod. ad Senat. Consult. Orphician.* (6. 57.)

(3) *Voet in Pandect. ad Senatus Consult. Turpilian. lib.* 38. *num.* 8. *fer. in princip. post alios.*

§. 298.

Hactenus diximus de jure filiorum naturalium, vel ex alia qualibet illicita conjunctione procreatorum in successione intestata matris, et maternorum ascendentium. Non eaedem servantur regulae, cum agitur de legitimae successionis jure in bonis patris, vel paternae lineae. Atque in primis naturales liberi, seu ex concubina pro-

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55. geniti ad patris intestatam successionem nullatenus admittuntur, si legitima proles patri superstes sit (1), vel legitima conjux (2).

(1) *L. Humanitatis intuitu* 8. *cod. de naturalib. liber.* (5. 27.), *Novell.* 89. *cap. Discretis* 12. §. *Si quis autem* 4., *und. sumpt. Authent. Licet patri*, *post d. l.* 8. *cod. de naturalib. liber.*

(2) *D. Novell.* 89. *cap.* 12. §. 4., *d. Authent.*

§. 299.

Quod si nec liberi, nec legitimà mulier supersit, intestatae successionis jure, duas uncias cum matre naturali dividendas, quanticumque filii sint, consequuntur (1), dummodo pater non plures simul concubinas, sed unam tantummodo habuerit (2). Sane etiam in eo casu, quo pater legitimos filios habet, naturalibus alimenta praestanda sunt (3); ne alioquin necari videantur (4).

(1) *D. Novell.* 89. *cap.* 12. §. 4., *et d. Auth. Licet patri cod. de naturalibus liber.*

(2) *D. Auth. prop. fin.*, *d. Novell.* 89. *cap. Discretis* 12. §. *Si vero effusa* 5.

(3) *D. Novell.* 89. *cap.* 12. §. *ult.*

(4) *L. Necare* 4. *ff. de agnoscend. et alend. liber.* (25. 3.)

§. 300.

Non eodem favore digni visi sunt filii spurii, seu vulgo quaesiti; his quippe omne intestatae successionis jus denegatur (1). Verum, cum hodiernis moribus nullum discrimen constituatur inter filios ex concubina natos, et vulgo quaesitos, neque concubinatus licitae conjunctionis nomine censeatur, plerique sentiunt, liberos naturales, ac spurios a patris intestata successione excludendos esse, eisque sola alimenta ex humanitate suppeditanda ex bonis defuncti parentis (2): atque olim pronunciavit Senatus, filio nato in concubinatu non deberi duas uncias (§. praeced.), sed tantum alimenta ex aequitate canonica (3).

(1) *D. Novell.* 89. *cap. Discretis* 12. §. *Si quis autem* 4., *d. Auth. Licet patri post l.* 8. *cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)

(2) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *num.* 8. *fer. in med.*

(3) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 2. *quaest.* 83. *num.* 3. ✠

§. 301.

Quod si de certitudine prolis constaret, vel filium natum ex concubina in domo retenta, multi inclinabant, subjicit Thesaurus, non obstante decreto, talem filium posse capere duas uncias, prout dicebatur judicatum in caussa Palicerii Taurinensis, et in aliis caussis: et ita fuit expeditum in revisione ann. 1609. 17. Junii, referente illustri domino Senatore Rubino (1). Sententia haec, licet Romano juri non omnino consentiat, nititur aequitate.

(1) *Thesaur. d. lib.* 2. *quaest.* 82. *num.* 2. *in fin.*

§. 302.

Cui autem incumbat onus probandi, cum dubitatur, an quis naturalis filius sit, an spurius, alibi expendimus; atque diximus, filium, qui se naturalem asserit, probationis necessitate adstringendum, si de intestata, non si de testamentaria successione tractetur (1): atque ibi etiam modos exposuimus, quibus filiatio tum legitima (2), tum naturalis demonstretur (3); nec non diximus, filium in dubio potius naturalem, quam spurium praesumi (4).

(1) *V. Tom. I. pag.* 175. §. 466.

(2) *D. Tom. I. pag.* 171. §. 448., *ad* §. 465.

(3) *Ibid. pag.* 175. §. 468.

(4) *Ibid.* §. 467.

§. 303.

Ex his colligi potest, quid sentiendum de liberis adulterinis, incestuosis, nefariis, et sacrilegis: hos quippe non tantum a successione paterna, sed ab ipsis alimentis

Romanae leges excludunt (1): quamquam ex canonica aequitate (2), in foro recepta (3), his etiam liberis alimenta debet pater, qui vitam tribuit: haec autem aequitas favet liberis, ex quocumque damnato complexu progeniti sint; ne alioquin in poenam paterni criminis, cujus conscii non sunt, fame pereant (4).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *Novell.* 74. *cap. ult.*, *Auth. Ex complexu*, *post l.* 6. *cod. de incest. nupt.* (5. 5.)

(2) *Cap. Cum haberet* 5. *extra Decret. Greg. de eo, qui dux. in matrimon.* (4. 7.)

(3) *Thesaur. decis.* 211. *num.* 2. ✠, *Fab. cod. ne filius pro patr. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 3. *num.* 5., *et* 6. *in corp.*

(4) *L. Necare* 4. *ff. de agnoscend.*, *et alend. liber.* (25. 3.)

QUAESTIO III.

An filii legitimati parentibus suis succedant.

SUMMARIA.

Filii extra nuptias suscepti per eas deinde contractas non legitimantur, nisi matrimonium consistere potuerit inter parentes, conceptionis, vel nativitatis tempore. §. 304.

Filii vulgo quaesiti per subsequens matrimonium legitimari possunt, si proles certa sit. §. 305.

Legitimus reputatur filius ex matrimonio nullo progenitus, si modo alter saltem ex parentibus impedimentum ignorasset. §. 306.

Filii per subsequens matrimonium legitimati utrique parenti, et utriusque parentis lineae succedunt, perinde ac legitime nati. Quid de feudis? §. 307.

Filii legitimati per rescriptum Principis post mortem patris intestatae successionis jus habent. §. 308.

Quid si legitimati fuerint vivo patre, atque ad ejus preces? §. 309., *et* 310.

Filii rescripto Principis legitimati non differunt a legitimis. §. 311.

Legitimati per oblationem curiae patri ab intestato succedunt una cum legitimis. §. 312.

Princeps juri nondum quaesito, sed tantum in spe nato, ex justa caussa derogat; etiam non adhibito illorum consensu, quorum spes minuitur. §. 313.

Quid si legitimatio a Principe concessa sit citra praejudicium venientium ab intestato, vel juris tertii? §. 314.

Successionis intestatae jus legitimato per rescriptum Principis filio non aufertur, quamvis deinceps pater legitimos gignat filios. §. 315.

Filii legitimati per oblationem curiae deterioris sunt conditionis, quam caeteri. §. 316.

§. 304.

Sequitur disputatio de filiis legitimatis, sive per subsequens matrimonium, sive per rescriptum Principis, sive per oblationem curiae, sive per ingressum religionis. Sed in primis summatim revocandum, quod alibi diximus (1), per subsecutas nuptias legitimos fieri solos liberos ab illis susceptos, inter quos vel conceptionis, vel nativitatis saltem tempore matrimonium consistere potuisset, seu qui ex soluto, et soluta, nullo ex capite prohibitis, progeniti sint (2): non tamen usu fori requiruntur instrumenta dotalia, vel nuptialia (3): nec obstat matrimonium, instante morte, dummodo ex legum praescripto celebratum fuisset (4).

(1) *V. Tom. I. pag.* 385. §. 1279., *et seqq.*

(2) *L. Cum quis a muliere* 10., *et l. seq. cod. de naturalib. liber.* (5. 27.) *Novell.* 89. *cap. Reliqui* 8. §. 1.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(3) *Cap. Tanta* 6. *extra Decret. Greg., qui filii sint legitim.* (4. 17.), *Thesaur. decis.* 83. *num.* 1. ✠ *V. Tom. I. pag.* 386. §. 1283.

(4) *V. Tom. I. pag.* 387. §. 1288.

§. 305.

Qui ergo ex adulterio, incestu, sacrilegio procreati sunt, legitimi non fiunt, quamvis matrimonium inter virum, et mulierem licite deinceps contrahatur (1): nempe legitimatio filiorum per subsequentes nuptias beneficium est a legibus praecipue indultum, ut legitimo foedere, hujus beneficii spe, jungantur, qui prius deliquerunt: hoc autem beneficium iis tribuere, qui pudoris leges per incestum, adulterium, vel sacrilegium temere nimis violarunt, ab aequitate alienum visum fuit. Quod ad vulgo quaesitos pertinet, si proles certa sit per subsequens matrimonium legitimari aliquibus placet (§. 301.); si modo inter virum, et mulierem nuptiae possent consistere (§. praeced.)

(1) *D. cap. Tanta* 6. *extr. qui filii sint legitim.* (4. 17.) *Novell.* 74. *cap. ult.*, *Fab. cod. de naturalib. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *definit.* 5.

§. 306.

Si filius in figura, ut ajunt, matrimonii susceptus fuerit: atque parentes, vel etiam alter ex parentibus impedimentum ignoraverit, propter quod nuptiae inter ipsos consistere non poterant legitimus reputatur, licet parentes postea, impedimento cognito diverterint, dummodo matrimonium solemniter celebratum fuerit (1): adeoque pleno jure succedere debet, licet alia prolea legitima sive prius, sive postea genita sit (2), nec enim legitimatorum, sed legitimorum numero est.

(1) *Cap. Transmissae* 3., *cap. Pervenit* 11., *cap. Ex tenore* 14. *extra*, *Decret. Greg.*, *qui filii sint legitim.* (4. 17.). *V. Tom. I. pag.* 386. §. 1285., *et* 1286.

(2) *L. Cum quis a muliere* 10., *et seq. cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)

§. 307.

Hisce praemissis, cum quaeritur de jure filiorum legitimatorum in successione parentum, distinguendum est, an per rescriptum Principis, an per oblationem curiae legitimi effecti sint. Legitimati per subsequens matrimonium plenissimo legitimorum jure censentur, perinde ac si semper legitimi fuissent (1): adeoque cum legitime natis succedunt utrique parenti, et utriusque parentis lineae (2): excipiuntur feuda, a quibus legitimati usu feudorum indistincte excluduntur (3): quamquam ex aequitate passim tradunt interpretes, legitimatos per subsequens matrimonium ad feuda admittendos esse (4): sane si Princeps legitimando nominatim concesserit feudi successionem, rata est concessio pro feudis, quae ab ipso dependent, si deficiant agnati, quibus nocere voluisse Princeps non praesumitur (5).

(1) §. *Sui autem* 2. *institut. hoc tit.*

(2) *D.* §. 2. *fer. in med.*

(3) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 26. §. 4. *versic. Naturales. V. Tom. I.* §. 1312., *et* 1313. *pag.* 391.

(4) *Voet in Pandect. lib.* 38. *digres. de feud. num.* 66.

(5) *V. d.* §. 1312. *Tom. I.*

§. 308.

Quod si filii ex illicito complexu nati beneficio Principis legitimorum jura sint adepti, interest, utrum post mortem patris, an eo adhuc vivente legitimatio secuta sit. Legitimatus rescripto Principis post patris mortem nullum jus habet ad intestatam patris successionem; quod enim ait Justinianus, de hujus legitimationis effectu disserens, legitimatos per Principis indulgentiam *nihil a legitimis filiis differre* (1), ad eum casum pertinere nequit, quo jus aliis filiis, vel agnatis jam quaesitum sit, etenim Princeps nunquam praesumitur beneficium uni concedere, quod alterum laedat (2); aut uni favere in alterius injuriam (3).

(1) *Novell.* 89. *cap. Illud tamen* 9. §. 1. *in med.*
(2) *L. penult. cod. de precib. Imperator. offerend.* (1. 19.)
(3) *L. Nec avus* 4. *cod. de emancipation. liberor.* (8. 49.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 309.

Cum autem legitimatio, vivo adhuc patre, eoque postulante, rescripto Principis secuta est, utrum liberi ita legitimati jus intestatae successionis nanciscantur, quidam (1) distinguunt, an tempore legitimationis jam extarent alii liberi legitime nati, nec ne. In prima specie putant, legitimatos ab intestata patris successione repellendos esse, quasi exclusos per filios jam natos, quibus jus in spe quaesitum est, quod Princeps legitimorum jura naturali filio concedens, auferre, aut laedere velle non praesumatur (2).

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *num.* 10. *fer. in princip.*
(2) *Argum. d. l. penult. cod. de precib. Imperator. offerend.* (1. 19.), *d. l. Nec avus* 4. *cod. de emancipation. liberor.* (8. 49.)

§. 310.

Exceptionem admittunt in eo casu, quo filii legitimi nati ante naturalium legitimationem vivo patre decesserint, nullis descendentibus post se relictis (1); hac moti ratione, quod tunc eventus demonstraverit, nulli legitime nato filio laesionem ex Principis rescripto illatam esse; adeoque cessante legis ratione, quae legitimorum favore nititur, aliud quoque jus recipiendum sit (2).

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *d. num.* 10. *fer. in med.*
(2) *L. Quod dictum* 32. *ff. de pact.* (2. 14.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 1. *ff. de jur. patronat.* (37. 14.)

§. 311.

Verum plerisque magis arridet contraria sententia existimantium, legitimatis ex Principis rescripto intestatae successionis in bonis patris jus competere una cum liberis ante rescriptum ex legitimo matrimonio procreatis (1); ait enim Justinianus, filios a Principe legitimatos *nihil a legitimis filiis differre* (2): quin immo idem Imperator, disserens de vi hujusce legitimationis in eo etiam casu, quo pater filios legitimos prius genuerit, ait, legitimorum quidem jus naturalibus filiis non adjici ex eo, quod legitimi filii prius, aut postea nati sint, sed exceptionem statim subjicit, nisi Princeps aliud indulserit (3): quo satis demonstrat, naturales filios suis exaequari per rescriptum Principis legitimorum jura concedentis, non tantum in juribus familiae, sanguinis, dignitatis, nobilitatis, et similibus, prout explicat, sed sine fundamento, laudatus Voet (4); sed et in successione tum testamentaria, tum intestata; cum generalia sint Justiniani verba: quae ideo restrictionem non patiuntur (5).

(1) *Thesaur. decis.* 69. *in additionib. littera* A ✠; *dummodo a Principe jurisdictionem habente in personam, et locum facta sit. Thesaur. ibid. in princip.*
(2) *D. Novell.* 89. *cap. Illud tamen* 9. §. 1. *in med.*
(3) *Omnino suis existentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitus natis, nequaquam legitimorum jus eis adjicitur: nisi forsitan per constitutiones nostras, quae dotalium instrumentorum introduxerunt modum. Novell.* 74. *cap. Si igitur* 2. §. 1. *in fin.*
(4) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertullian. lib.* 38. *d. num.* 10. *in med.*
(5) *L. De pretio* 8. *ff. de publician. in rem action.* (6. 2.)

§. 312.

His addi potest exemplum legitimationis, quae fit per oblationem curiae, cum enim haec legitimationis species, licet caeteris infirmior (1), attamen jura successionis intestatae tribuat una cum filiis antea eidem patri legitime natis (2), potiori ratione idem affirmandum de filiis speciali Principis rescripto legitimatis, nisi Princeps aliud fortassis caverit (3).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *V. infra* §. 312.
(2) *L. Communium* 9. §. *ult. cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)
(3) *V. infra* §. 310.

§. 313.

Facile autem solvuntur, quae prioris sententiae patroni objiciunt: atque in primis falsum est, Principem juri alterius jam in spe nato neutiquam derogare; etenim spes haec levioris momenti est, quae saepe fallit: atque Princeps non utique jam quaesito (§. 368.), sed quaerendo juri ex justa caussa derogare potest; quin necessarius sit consensus illorum, quorum spes minuitur (1); quamquam Princeps, ne filiis legitimis jam genitis noceat, filios naturales in eorum dispendium legitimare non solet (2).

(1) *V. Fab. cod. Si ex rescript. nupt. petant. lib.* 5. *tit.* 4. *definit. unic. num.* 7., *et seqq. in corp.*
(2) *V. Tom. I. pag.* 387. §. 1289. *ad* 1295.

§. 314.

Porro, cum legitimatis competat intestata successio (1), etiamsi pater legitimos filios haberet, quando rescriptum Principis impetravit (§. 311.), consequens est, legitimam, ejusque supplementum illis deberi: nisi legitimatio facta sit citra praejudicium venientium ab intestato (2). Quod si in rescripti interinatione adjecta fuerit clausula *sine praejudicio juris tertii*, hinc non tolli jus successionis intestatae, sed filiis legitimis solam quartam, seu legitimam conservari, ad quam solam jus habent, alibi diximus (3).

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 3. *quaest.* 75. *num.* 4. *V. Tom. I. pag.* 388. §. 1297.
(2) *Thes. d. num.* 4., *d.* §. 1297.
(3) *D.* §. 1297. *allegat.* 1.

§. 315.

Si autem naturalis filius legitimatus a Principe sit, cum pater nullos ex justo, et legitimo matrimonio natos habebat liberos, fatentur omnes, successionis intestatae jus filio legitimato non auferri, tametsi liberi legitimi deinceps patri nascantur; tum quia legitimato in hoc casu favent superius allata rationum momenta (§. 311.), nec objici potest incommodum ex jure legitimis filiis in spe prius quaesito (§. 313.)

§. 316.

Parcior est effectus legitimationis, quae per oblationem curiae apud Romanos olim contingebat: poterat quidem pater, licet alios filios ex legitimis nuptiis procreatos haberet, filios naturales curiae tradere, atque ita legitimos sibi successores efficere (1): sed nec jus successionis erga ascendentes, aut descendentes, vel ex latere cognatos patris consequebantur (2): immo nec pater actu inter vivos dare, vel testamento amplius relinquere poterat filiis ita legitimatis, quam uni ex filiis legitime natis, cui minimum dedisset, aut reliquisset (3).

(1) *L. Communium* 9. §. *ult. cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)
(2) *Novell.* 89. *cap. Filium vero* 4.
(3) *D. l.* 9. §. *ult. in fin.*

Quaestio IV.

An filiae una cum masculis ad legitimam successionem admittantur.

SUMMARIA.

Filiae non secus ac masculi jure Romano patri ab intestato succedunt. §. 317.
Mulieres, quibus data, vel promissa a quocumque ex consanguineis congrua dos fuerit, apud nos ab omni intestata successione excluduntur favore fratrum, eorumque per lineam masculinam descendentium masculorum. §. 318., *et* 319.

Quid si mulier dotem non habeat, cum successio defertur? §. 320.

Portio maternae successionis filiae ablata acquiritur fratri utrinque conjuncto. Quid si germanus frater decedat absque descendentibus, et superstitibus tantum consanguineis fratribus? §. 321.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Cur praestet difficiliores quaestiones de hac re expendere? §. 322.

Testator in dubio praesumitur se accommodare statuto, etiam pro bonis extra locum domicilii constitutis. §. 323.

Statuti vis complectitur omnia bona in loco sita, tametsi ad alienigenas spectent. §. 324.

Statuta a jure communi aliena stricte interpretamur. Quid si excludant foeminam dotatam, atque haec se ipsam dotaverit; vel nuptam, atque haec dotem non habuerit? §. 325.

Mulier, quae statuto excluditur, si dotata sit, plerumque succedit ab intestato illis, ex quorum bonis dotata non fuit. §. 326.

Potest tamen caveri lege municipalis, ut mulier ab uno ex consanguineis dotata ab aliorum successione excludatur. §. 327.

Proponuntur plures, et diversi casus secernendi, cum quaeritur, utrum mulier ab uno dotata ab aliorum successione repellatur. §. 328.

Quid si statutum non exprimat personas dotantes, sed illas dumtaxat, a quarum successione mulier dotata excluditur? §. 329.

Filia a consanguineo transversali dotata patris successionem intestatam habet, nisi statuentes bona in familia, et agnatione conservari voluerint. §. 330.

Quid si statutum decernat, ne mulier dotata a patre, matre, fratre, vel aliquo ex ipsis succedat? §. 331.

Mulier ab omni successione repellitur, si statutum caveat, ut mulier dotata a patre, matre, fratre, avo, vel proavo ab eorum successione exclusa sit. §. 332.

An mulier ab omni consanguineorum successione excludatur, si statutum ita conceptum sit: mulier dotata a patre, vel matre, vel fratre non succedat patri, vel matri, vel fratri? §. 333., et 334.

Particula disjunctiva innuit, exclusionem mulieris ab haereditate disjunctive accipiendam esse. §. 335.

Cum statutum enumerat personas dotantes, tum excludit mulierem a successione alterius personae prius non nominatae, mulier ab omnium successione excludi videtur. §. 336.

Statuti singula verba attente perpendenda sunt, ut definiri possit, a quorum successione mulier excludatur, nec ne. §. 337.

Agnationis contemplatio an semper praesumenda sit in statutis, quae foeminas ab intestata successione excludunt. §. 338.

Proponitur quaestio, utrum mulier, quae dotata ex bonis patris excluditur ab ejus successione, succedat cum indotata fratri, qui dotem priori constituit. §. 339.

Mulier a patre dotata succedit fratri cum indotata, si statutum dumtaxat excludat filiam dotatam a bonis paternis. §. 340.

Bona paterna, postquam fratri jure successionis quaesita sunt, paterna amplius dici nequeunt. §. 341.

Casus statuto omissus suppleri nequit; nisi sententia contineatur; potissimum si odiosus sit. §. 342.

Statutum excludens foeminas nuptas non complectitur innuptas: nec denegatur successio in bonis avi mulieri dotatae, quam statutum dumtaxat excludit ab haereditate patris. §. 343.

Quid si statutum non a tota successione, sed a certa quadam re mulieres excludat. §. 344.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Legitima non debetur mulieribus ab intestata successione exclusis, utique vero congrua dos. § 345.

Mulierum exclusio favore agnatorum plerumque prodest tantum agnatis, qui sint in pari gradu, et in linea effectiva. § 346.

Quid si statutum excludat foeminas a legitima successione, filio, vel filiis masculis existentibus, atque adsint neptes ex filio, nec non nepotes ex filia? § 347.

Filiabus ex filio progenitis ficte tantum, non vere, et proprie filiorum appellatio convenit. § 348.

Agnatio non consideratur in haereditate foeminae. § 349.

Unde repetenda sit aliarum similium quaestionum solutio? § 350.

§. 317.

Nullum, si Romanas leges spectemus, discrimen interest, quod pertinet ad jus intestatae successionis, an liberi masculini, an foeminei sexus sint: tum masculi, tum foeminae, dummodo in potestate constituti, sui haeredes patri sunt (1), ad quos ex lege duodecim tabularum, si Justiniano credimus, intestatorum haereditates pertinent (2).

(1) §. *Sui autem 2. fer. in princip. institut. hoc tit.*

(2) §. *1. institut. hoc tit.*

§. 318.

Verum apud nos ad familiarum conservationem, atque agnationis favore, decretum fuit, ut mulier quaelibet, cui relicta, promissa, aut constituta fuerit dos congrua ab ascendentibus paternis, aut maternis, vel etiam consanguineis transversalibus, hac soluta dote, exclusa sit (non secus ac ipsius descendentes, quamvis haeredes non sint; et alius quilibet, qui ejusdem mulieris jure ad succedendum uti velit) a quacumque intestata successione jure consanguinitatis delata, avita, paterna, materna, fraterna, sororis, aliave qualibet suorum ascendentium, et collateralium, nec non a legitima, ejusque supplemento (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

§. 319.

Haec tamen exclusio favore certarum personarum restricta est: atque ideo statim post foeminarum exclusionem subjicitur conditio, si eo tempore, quo aliqua ex memoratis successionibus defertur, adsint mulieris fratres utrinque conjuncti, vel consanguinei tantum: vel adsint filii ex his fratribus procreati, aut alii eorum descendentes masculi per lineam masculinam, qui possint familiam conservare, atque propagare (1); ad quos ideo spectare decretum est, subrogationis jure, successiones a foeminis ablatas, habita proximitatis ratione (2).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *in med.*

(2) *D.* §. 1. *in fin.*

§. 320.

Cum autem eadem vigeat conservandae familiae, et agnationis ratio, sive foeminae dotem acceperint, sive non, idcirco (1) statim subjicitur exclusio foeminae, quae dotem non habeat eo tempore, quo aliquam ex memoratis legitimis successionibus deferri contingat; ita tamen, ut congrua illi dos ab agnatis proximioribus constituatur (2).

(1) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 2.

§. 321.

Postremo modus praescribitur, quo haereditatis distributio fiat, seu personae speciatim designantur, ad quas perveniat portio foeminae, seu filiae ablata in successione matris, et maternae lineae; videlicet portio haec fratri utrinque conjuncto acquiritur prae fratre tantum consanguineo (1): ex quo sequitur, prout cautum est, fratre, qui matri suae successerit, exclusa sorore utrinque conjuncta, mortuo absque descenden-

tibus, et superstitibus tantum fratribus consanguineis, portionem filiae ablatam favore fratris utrinque conjuncti, ad eam, vel ipsius descendentes jure successionis reverti (2). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 3.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 4.

§. 322.

Perspicua sunt legislatoris verba, nec indigent explanatione: quinimmo lex ita dilucide posita, ut pleraeque quaestiones, apud pragmaticos magno animorum aestu agitatae, de statutis foeminas propter agnatos excludentibus, peremptae sint: quia tamen futuris negotiis jura dant formam, non praeteritis (1); nec ad omnes pertinet, quod de municipali sanctione, exposuimus (2), idcirco non inopportunum arbitramur difficiliores controversias summatim expendere.

(1) *L. Leges* 7. *cod. de legib.* (1. 14.)

(2) §. 314. *ad* 317.

§. 323.

In primis revocandum, quod alibi, de statutorum vi, et interpretatione agentes, demonstravimus; statutis eamdem inesse vim ac legibus (1): nisi lex municipalis a Principe generatim lata obstet (2): adeoque testatores non posse ab eorum sanctionibus recedere, si prohibentia sint, utique si tantum permittant (3), seu ordinem intestatae successionis quidem demonstrent, non vero prohibeant, ne testator aliter caveat. Sane in dubio testator praesumitur se statuto conformare, etiam quoad bona sita extra locum domicilii (4), dummodo testamentum condiderit (5).

(1) *V. Tom. I. pag.* 128. §. 283.

(2) *Ibid.* §. 290.

(3) *Ibid.* §. 285. *ad* 287.

(4) *Ibid.* §. 288.

(5) *Ibid.* §. 289.

§. 324.

Haec utique certissima sunt, si testator statuto subsit, atque disponat in loco, quo viget statutum, et de bonis ibi sitis; neque enim statuta, si summum jus spectemus, extra territorium statuentis vim obligandi habent (1): quamquam ratione bonorum, quae in statuentis territorio sita sint, non tantum subditi (2), sed etiam alienigenae, tametsi extra territorium testentur, statuto tenentur dispositiones suas accommodare; quia statuentes in proprio territorio bonis legem, quam malint, dicere possunt (3), atque in bonis cujusque loci statutum, ubi sita sunt, ex omnium sententia servari debet (4).

(1) *V. Tom. I. pag.* 131. §. 294., *et seqq.*

(2) *Ibid. pag.* 98. §. 163., *et* 164. *in corp.*, *et in alleg.*

(3) *Ibid. pag.* 157. §. 396.

(4) *Ibid.* §. 298. *pag.* 132.

§. 325.

Quod ad statutorum interpretationem pertinet, diximus, statuta, quae juri communi adversantur, stricte interpretanda esse, atque ex eo potius, quam contra illud explicanda (1): ex quo sequitur, statuto excludente foeminam dotatam a successione non contineri eam, quae se ipsam dotaverit: et sub nupta non comprehendi eam, quae dotata non sit (2); quia matrimonia sine dote contrahi non solent (3); quare statuentes ad casum, qui perraro evenit, respexisse non praesumuntur (4).

(1) *V. Tom. I. pag.* 138. §. 324.

(2) *D.* §. 324. *allegat.* 2.

(3) *L.* 1. *ff. soluto matrim.* (243.), *l. ult.* §. 1. *in fin. ff. Quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(4) *L. Jura constitui* 3., *l.* 4., 5., *et* 6. *ff. de leg.* (1. 3.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 326.

Quaerit Thesaurus, an statutum, excludens foeminam dotatam, seu nuptam a successione bonorum, censeatur tantum excludere a bonis ejus, qui dotem dedit, an etiam ab haereditate aliorum consanguineorum. Si in statuto non fiat specialis plurium personarum mentio, generalis regula ponenda est, mulieris exclusionem coercendam esse ad bona illius, a quo dos mulieri tradita fuit; non vero aliorum; atque ideo, si pater dotem dederit, filia matri succedere non prohibetur, sicut nec fratri (1); nec enim dos, quam ab uno accepit, ex alterius bonis profecta videri potest, ut ab hujus haereditate excludatur (2).

(1) *Thesaur. decis.* 62. *num.* 1.

(2) *L. Quoniam Novella* 29. *in fin. cod. de inofficios. testament.* (3. 28.), *l. Ut liberis* 17. *cod. de collationib.* (6. 20.)

§. 327.

Sententiam hanc extendit Senatus ad eum casum, quo statuto unice caveatur, ne mulier dotata succedat (1); quia semper intelligi debet de bonis dotantis. Quare jure regio, ne alioquin dubitandi occasio supersit, apertia verbia decretum est, ut mulier, cui dos ab ascendentibus, vel consanguineis transversalibus constituta fuerit, ab omni prorsus tum ascendentium, tum collateralium successione repellatur (2).

(1) *Thesaur. dict. decis.* 62. *num.* 2. ✠

(2) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *V. supra* §. 314.

§. 328.

Major difficultas est, si statutum plures enumeret personas, tum in ea parte, qua agitur de dote mulieri danda, tum in alia, qua mulier dotata a successione legitima excluditur. Hic autem diversos casus scite distinguit Thesaurus: vel enim 1. Statutum non exprimit personam, a qua mulier dotata sit, utique vero eas a quarum successione excludatur: vel 2. Enumerat sigillatim illos, qui dotem mulieri dederint, tum adjicit, mulierem dotatam ab eorum successione exclusam esse. Vel 3. Earundem personarum enumeratio fit in dotis constitutione, ac in exclusione. His addi potest quartus casus, quo statutum enumeret personas dotem dantes, tum mulierem excludat ab haereditate alterius personae, quae dotem non constituit.

§. 329.

Cum statuto non exprimitur persona, a qua dos proficiscatur, sed tantum illae, a quarum successione mulier dotata excludatur, his, aut similibus verbis: *mulier dotata non succedat patri, vel matri, vel fratri*, defendit Thesaurus, mulieri tum dotantis, tum aliarum personarum, quae nominatim enumeratae sunt, successionem ex mente statuentium denegandam esse (1); etenim, nisi ex aliis statuti verbis contraria statuentium mens appareat, ex quo foeminam indefinite repellunt a successione, dummodo dotata sit, non videtur exclusio coercenda ad personas, quae dotem dederint.

(1) *Thesaur. d. decis.* 62. *num.* 3.

§. 330.

Subjicit Thesaurus, filiam tum a patris, tum a matris, caeterorumque ascendentium paternorum, et maternorum successione repellendam, etiamsi statuto caveatur, ut *filia dotata excludatur ab haereditate ascendentis* (1): quod quidem respiciendum, si appareat statuentes omnino respexisse ad conservanda omnia bona in familia, et agnatione, praeter dotem filiae; alioquin pro filia probat naturalis ratio quasi lex quaedam tacita, quae parentum bona descendentibus cujuscumque sexus addicit (2).

(1) *Thesaur. d. decis.* 62. *num.* 3. *in fin.*, *et in additionib. littera* A.

(2) *L. Scripto haerede* 7. §. 1. *ff. Si tabul. testament. null. extab.* (38. 6.), *l. Cum ratio naturalis* 7. *in princip. ff. de bon. damnator.* (48. 20.)

§. 331.

Facilius contra foeminam respondendum, si statutum decernat, ne mulier, dotata a patre, matre, fratre, vel aliquo ex ipsis, succedat (1), potissimum si agnationis splendor a statuentibus contemplatus sit; etenim particula disjunctiva a statuentibus adjecta satis innuit, sufficere ad omnimodam mulieris exclusionem, a quocumque dos tradita, seu constituta fuerit. Quamquam in dubio pro filia respondendum (2). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55

(1) *Thesaur. d. decis.* 62. *num.* 5. *vers. Quartus casus.*

(2) *L. Cum quidam* 19. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

§. 332.

Si statutum sigillatim enumeret personas, a quibus dos detur; tum adjiciat, mulierem ita dotatam ab earum successione excludi ita cavendo; *mulier dotata a patre, matre, fratre, avo, vel proavo ab eorum successione exclusa sit;* plerique sentiunt, dote ab uno constituta filiae, ab omnium successione repellendam, quia idem hujusce statuti sensus sit, ac si personae omnes enumeratae fuissent, in quarum bonis successio denegatur (1): seu dictum fuisset, ab omnium successione filiam excludi: potissimum si appareat, statuentes sollicitos fuisse de bonis in familia, et agnatione conservandis; congrua tantum dote foeminis data.

(1) *Thesaur. d. dec.* 62. *num.* 4.

§. 333.

Ex his definiri potest tertius casus supra (§. 328.) propositus, quo cadem a statuentibus facta sit enumeratio personarum, a quibus dos foeminae data sit, et a quarum successione dotata mulier excludatur, hoc modo: *mulier dotata a patre, vel matre, vel fratre non succedat patri, vel matri, vel fratri.* Sunt, qui putant, mulierem in hac specie tantum excludi a successione illius, qui dotem tradidit (1): hac moti ratione, quod statuentes enumerando singulas personas videantur constituere diversos, et separatos casus, ita ut sensus sit, mulierem dotatam a patre non succedere patri, nec fratri, si ab eo dotem habuerit.

(1) *Thes. d. decis.* 62. *num.* 5.

§. 334.

Alii tamen contra mulierem respondendum arbitrantur, ita ut a quocumque dotata fuerit, ab intestata omnium successione repellenda sit (1): atque sententiam hanc, teste Thesauro, olim amplexus est Senatus in statuto Taurinensi ita disponente (2): sed potissimum motus fuit Senatus ex sequentibus statuti verbis: *sed sit contenta de dote sibi data, et constituta per patrem, vel matrem* (3): quae sane verba omnem dubitandi occasionem tollunt; cum aperte demonstrent, mulieri, dummodo ab una, vel altera ex dinumeratis personis dotata sit, intestatae successionis jus erga omnes denegari.

(1) *Thesaur. d. decis.* 62. *num.* 5.

(2) *Thesaur. d. decis.* 62. *in addition. littera* B. ✠

(3) *Thesaur. d. decis. in addition. littera* B.

§. 335.

Si autem statuto dumtaxat caveatur, ut mulier dotata a patre, vel matre, vel fratre exclusa sit ab haereditate patris, vel matris, vel fratris, particula disjunctiva innuere videtur, exclusionem quoque disjunctive accipiendam esse (1); seu ita, ut mulieri dotatae successionis legitimae emolumentum denegetur in bonis illius, qui dotem tribuit: nisi forte aliunde appareat, statuentes ad conservandam familiam, et agnationem respexisse (2).

(1) *L. falsa demonstratio* 33. §. *ult. ff. de condit., et demonst.* (35. 1.)

(2) *Thesaur. d. decis.* 62. *in adition. littera* B.

§. 336.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55. In postrema quaestione, qua fingitur, statuto enumerari dotantium personas, tum excludi mulierem a successione alterius personae neutiquam nominatae, cum de dote agebatur: puta si ita cautum sit: *mulier dotata ab avo, patre, vel fratre exclusa sit a successione matris*, probabilior videtur sententia affirmantium, mulierem etiam a successione dotantis, et aliarum personarum, quae simul nominatae sunt, excludi (1); etenim statuentes praesumi debent solliciti de familia, et agnatione conservanda; nec alia apparet ratio, cur expresserint, mulierem ab uno dotatam jus intestatae successionis non habere in bonis alterius, nisi ut significarent, potiori ratione excludendam esse a bonis caeterorum, a quibus dos data sit, vel dari potuit.

(1) *Thesaur. d. decis.* 62. *num.* 6. *versic. Verum, quidquid voluerit.*

§. 337.

Caeterum in his, et similibus quaestionibus, uti jam innuimus, certa, et generalis regula statui non potest; sed, cum resolutio pendeat ex statuentium mente, singula statuti verba atente perpendenda sunt, praecedentia quoque, et sequentia (1); atque, hisce praestitis, judicis est facti quaestionem dirimere (2).

(1) *L. Incivile est* 24. *ff. de legibus* (1. 3.)

(2) *L. Voluntatis* 7. *cod. de fideicommiss.* (6. 42.), *l. Stichus* 12., *l. Non aliter* 69. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 338.

An autem in dubio pro muliere, an contra eam respondendum sit, vulgo tradunt pragmatici, prout alibi diximus (1), statutum, foeminas propter agnatos ab intestata successione excludens, non odiosum, sed favorabile esse, ob publicam utilitatem, quae ex familiarum conservatione, et splendore dimanat: adeoque latissimam recipere interpretationem: ex quo ulterius inferunt, contemplationem, ut ajunt, agnationis in dubio semper praesumendam esse in statutis quae foeminas ab intestata successione excludunt (2): quamquam repugnant alii; quia splendor familiarum, et agnationis aeque conservatur in locis, ubi mulieres una cum masculis ab intestato succedunt.

(1) *V. Tom. I. pag.* 143. §. 339., *et seqq.*

(2) *Thesaur. decis.* 37. *num.* 6., *et* 7., *V. Tom. I.* §. 340.

§. 339.

Ex hactenus traditis solvi potest alia quaestio ab eodem Thesauro proposita de statuto Astensi (1), an mulier, quae, si ex bonis paternis dotata sit, excluditur a successione patris, succedat cum innupta, et indotata fratri, mortuo fratre post aditam patris haereditatem. Duplex hic fingi potest species: vel enim mulier haec dotata fuit a patre, dum adhuc viveret, vel dotem accepit a fratre, de cujus successione contenditur, sed de bonis paternis, seu a patre habitis.

(1) *Thesaur. decis.* 63. *per tot.*

§. 340.

In priore specie, qua ponimus, mulierem, seu filiam a patre dotatam fuisse, censuit Senatus, ei competere jus intestatae successionis in bonis fratris, si statutum excludat tantum filiam dotatam a bonis paternis, vel maternis, non vero ab aliis (1); et merito; tum quia exclusio odiosa est, nec protrahenda ultra casus verbis statuti expressos, vel sententia comprehensos, tum quia bona fraterna, etiamsi ad fratrem pervenerint a patre; attamen post aditionem, immo, et ante aditionem, dummodo paterna haereditas repudiata non fuerit (2), paterna amplius dici nequeunt, sed fraterna vere sunt, cum persona possidens, non origo bonorum inspici debeat (3).

(1) *Thesaur. d. decis.* 63. *in addition. littera* B ✠.

(2) *L. In suis haeredibus* 11. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

(3) *L. Sed si plures* 10. §. *Filio impubere* 2. *ff. de vulgar., et pupillar. substit.* (28. 6.), *L. Paterfamilias* 28. *prop. fin., versic. At cum substitutus ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.) Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 341.

Haec autem postrema ratio, si attente perpendatur, demonstrat, idem sentiendum in alio casu, quo frater sororem dotaverit ex bonis paternis post aditam haereditatem; quia, cum haec bona amplius paterna non sint, filia, licet ex bonis patris dotem accepisse videatur, propter jus eidem competens in illis bonis, attamen fratri succedens dici non potest succedere patri (§. praeced.): adeoque statuti vis ad hunc casum extendi non debet, potissimum favore alterius filiae, seu sororis, per quam agnatio non conservatur.

§. 342.

Quinimmo nec favore fratris contra mulierem respondendum esset; licet enim frater familiam, atque agnationem propagare, et conservare possit, quia tamen alia est patris haereditatis, alia fratris (§. 340.), atque filia a priore quidem, non a posteriore statuti verbis exclusa est (§. 339.), nec aliunde constat, casum verbis omissum senteutia comprehendi, idcirco tenendum, foeminae competere jus intestatae successionis in bonis fratris una cum alio fratre superstite (1).

(1) *Argum. l. Commodissime* 10. *ff. de lib., et posthum.* (28. 2.)

§. 343.

Eodem fundamento, si statutum nominatim excludat ab intestata successione foeminas nuptas, admittuntur, quae nubiles sunt: nec deneganda est successio in bonis avi mulieribus dotatis, quas statutum dumtaxat excludit ab haereditate patris (1); maxime quia favorabilior est conditio filiae nubilis, quam nuptae: atque deest ratio excludendae mulieris ab avi successione, licet dotatae a patre hujus successio denegetur.

(1) *Argum. l. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appell.* (7. 62.)

§. 344.

Quaedam statuta sunt, quibus mulieres non a tota haereditate, sed tantum a quibusdam bonis excluduntur: puta statuto Taurini filiabus agnatorum favore denegatur successio domorum in eadem urbe existentium, si defunctus nullo facto ordinamento rerum suarum decesserit (1). Porro bonorum originem minime inspici diximus, seu nihil interesse, utrum a foemina, vel ab ascendente foeminae domus ad defunctum, vel defunctam pervenerit; quia statutum de hac conditione non loquitur: ex quo patet, filiabus etiam denegari successionem domus favore agnati, licet mulier defuncta absque testamento, vel codicillis domum consecuta fuerit ex successione in bonis filii, et quaestio sit inter mulieris fratrem, et filias (2).

(1) *Statuti verba refert Thesaurus decis.* 263., *atque de eo egimus Tom. I. pag.* 140. §. 329. *in corp., et in allegationib.*

(2) *V. d.* §. 329. *allegat.* 1. *in fin.*

§. 345.

Disputant pragmatici, an statuto generatim exclusis ab intestata successione debeatur saltem legitima. Negantium sententiam alibi, tamquam probabiliorem, defendimus; quamquam adjecimus, congruam dotem illis dandam esse ex aliis bonis, si aliqua sint, in quibus succedere non prohibeantur; vel ex eisdemmet bonis, a quibus excluduntur, si alia desint: quae tamen dos in subsidium data non succedit loco legitimae, adeoque, mortua filia ante nuptias, in haeredes non transmittitur (1): quinimmo placuit, habendam esse rationem singularium bonorum, seu domuum (§. praeced.), in definienda dotis congruae quantitate (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 143. §. 344.

(2) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 68. *num.* 4. ✠

Inst. l. 3. tit. 1 ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55.

§. 346.

Ad haec exclusio foeminarum a successione, ut haec ad agnatos perveniat, plerumque coerceri debet favore agnatorum, qui sint in pari gradu, et in eadem linea effectiva (1), nisi verbis generalibus, et indefinitis conceptum sit, prout est statutum Taurini; quod idcirco censuit senatus obesse filiabus in successione domorum, licet agnati longe remotiores sint defuncto in gradu succedendi (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 141. §. 334.

(2) *Thesaur. d. decis.* 263. *num. ult.* ✠, *d.* §. 334. *allegat.* 1.

§. 347.

Sed quid dicendum, si statutum excludat foeminas a successione paterna *filio, vel filiis masculis existentibus,* prout disponit statutum Fossani (1): neptes ex filio praeferendaene sunt nepotibus ex filia? Contra nepotes ex filia videri potest respondendum, quia filia ipsa, si viveret, favore filiorum excluderetur; proinde, cum nepotes veniant jure repraesentationis ad successionem avi, seu repraesentantes matrem exclusam, excludendi quoque videntur; ita ut haereditas perveniat ad foeminas, seu neptes ex masculo, qui foeminas a successione repulisset.

(1) *Cujus verba refert Thesaur. decis.* 269.

§. 348.

Hisce tamen neutiquam obstantibus, tum neptes ex filio, tum nepotes ex filia aequaliter intestatam aviae successionem capere debent (1); quia statuti verba stricte sunt intelligenda, ita ut, quanto minus fieri potest, a jure communi recedatur (2): cum vero statutum foeminas, seu filias non excludat, nisi existentibus filiis (§. praeced.), nec filiabus ex filio, seu masculo vere, et proprie filiorum appellatio conveniat, sed tantum ficte, quatenus repraesentant gradum patris, vel matris, consequens est, nullam babendam esse originis rationem: nec referre, an nepotes ex masculo, an ex foemina descendant.

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1. *prop. fin.*

(2) *Argum. l. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellat.* (7. 62.)

§. 349.

Sententia haec potissimum recipienda est, cum statuto, de quo agitur, cognatio contemplata non sit; prout inde patet, quod excluduntur quidem mulieres nuptae, et dotatae; non vero innuptae, et indotatae, quae una cum masculis ad successionem legitimam admittuntur (1): praeterquamquod in haereditate foeminae non consideratur agnatio (2).

(1) *Thesaur. d. decis.* 269. *num. ult. versic. Nec obstat., prop. fin.*

(2) *Argum. l. Rescriptum* 6. *ff. de his, quae ut indign.* (34. 9.)

§. 350.

Sed in his ulterius immorandum non arbitramur; quaestiones aliae ad hanc foeminarum vi statuti exclusionem spectantes alibi expendimus, cum de interpretatione statutorum agebamus (1): quare progredimur ad explicandum jus liberorum, seu descendentium, ultra primum gradum constitutorum.

(1) *V. Tom. I. pag.* 124. §. 265. *ad* 281.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

ARTICULUS II.

De successione descendentium secundi gradus, et posteriorum graduum.

SUMMARIA.

Descendentibus omnibus favet naturalis ratio, quae bona parentum filiis addicit. §. 351.

Nepotes olim legitimi avo haeredes erant, si pater emancipatus fuisset. §. 352.

Nepotes hodie per emancipationem patris sui haeredes avo non fiunt. §. 353.

Nepotes, praemortuo patre, legitimi successores avi sunt, quamvis emancipati §. 354.

Quoad nepotes illegitimos discrimen est inter successionem maternorum, vel paternorum ascendentium. §. 355.

Nepos illegitimus avo paterno non succedit ab intestato, sive ex filio naturali legitime procreatus sit, sive illegitime ex patre legitimo. §. 356., et 357.

Nepos ex patre naturali, sed ex justis nuptiis natus, avo legitimus haeres fit, si ipsius pater per subsequens matrimonium legitimatus fuerit. Quid si rescripto Principis? §. 358.

Nepotes etiam spurii intestatam maternorum ascendentium successionem habent. §. 359.

Nepotes ex foeminis jure novo aeque admittuntur ad successionem ascendentium, ac illi, qui ex masculis descendunt. §. 360., et 361.

Justinianus nepotes, atque caeteros descendentes ex foeminis omnino exaequavit descendentibus ex masculis. An lex regia huic jurisprudentiae consentiat? §. 362.

Nepotes, cum avi successionem intestatam consequuntur, in stirpes succedunt, licet soli sint. §. 363., et 364.

Cur nepotes, quamvis non concurrant cum patruo, attamen succedant in stirpes? §. 365.

Jus repraesentationis in linea descendentium nullis limitibus circumscribitur. §. 366.

Nepos avo succedere potest, licet primum locum in gradu succedendi non teneret, nec tenere fingeretur, cum avus mortuus est. §. 367.

An quis suus haeres defuncto sit, nec ne, inspicitur tempus, quo certum est, haereditatem ab intestato deferri, si testamentum, haeredis non adeuntis voluntate, destituatur. §. 368.

Nepos suus haeres avo est, quamvis pater superstes avo fuerit, si modo decesserit ante repudiatam ab extraneo haerede successionem. §. 369.

Utrum nepos avo suus haeres fieri possit, si nec natus, nec conceptus fuerit eo tempore, quo avus decessit? §. 370., et 371.

§. 351.

Superius diximus, descendentes tum primi gradus, tum et posteriorum admitti ad successionem ascendentium (§. 270.); cum his quoque faveat naturalis ratio, quae parentum bona filiis addicit (1): sed, quemadmodum pro varia filiorum primi gradus conditione diversae apud Romanos regulae in usu fuerunt, ita et in descendentibus post filios, idest nepotibus, pronepotibus, et caeteris deinceps.

(1) *L. Cum ratio naturalis* 7. *in princip. ff. de bon. damnator.* (48. 20.)

§. 352.

Primis Romanae jurisprudentiae temporibus receptum fuit, ut nepotes, qui primum in potestate avi locum tenerent, cum ipse decederet (quia pater praemortuus, vel emancipatus esset), suorum haeredum loco censerentur, atque ideo legitimam successionem haberent (1); licet enim filius in potestate retentus suus semper haeres patri sit, non tamen nepos, aut pronepos, nisi persona praecedens desierit in potestate esse, vel morte, vel alia quacumque ratione (2).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(1) §. 1., *et* 2. *institut. hoc tit.*
(2) *D.* §. *Sui autem* 2. *in fin. instit. hoc tit.*

§. 353.

Quod modo diximus de nepotibus succedentibus in locum sui haeredis per emancipationem, vel aliam rationem, qua filius e patris potestate exeat, pertinet ad jus vetus, quo emancipatis liberis parentum successio denegabatur (1): verum hodie, postquam edicto praetoris, Justiniani sanctione (2) confirmato, emancipatis idem succedendi jus tributum fuit (§. 275.), nepos fit quidem suus haeres avo, si pater decesserit, non vero, si emancipatus fuerit, quippecujus prima caussa est (3); atque ideo cessat edictum praetoris de conjungendis cum emancipato liberis ejus (4): quod si dignitas patrem a potestate eximat, multo minus a nepote excluditur, cum patri jura sui haeredis intacta servari jusserit, et merito, Justinianus (5), ne dispendium successionis patiatur ex honoris adjectione.

(1) §. *Emancipati autem* 9. *institut. hoc tit.*
(2) *Novell.* 118. *cap.* 1.
(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 1.
(4) *De quo in Pandect. lib.* 37. *tit.* 8.
(5) *Novell.* 81. *cap. Illud quoque* 2.

§. 354.

Quinimmo, postquam placuit jura suorum haeredum adhuc competere filiis emancipatis, recipi quoque debuit, ut nepotes, cujus pater defunctus sit, avo succedant, licet per emancipationem, aliave caussa ab avi potestate sint exempti (1): ita ut hodie suus haeres non tantum sit, qui primum in potestate parentis locum obtinet, sed etiam ille, qui obtineret, nisi patriae potestatis vinculo solutus esset.

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1.

§. 355.

Haec ita, si nepos legitimus sit, atque ex legitimo matrimonio natus. Quoad nepotes illegitimos, distinguendum, an de paternorum, an de maternorum ascendentium successione disputetur, prout distinximus, cum de successione filiorum primi gradus illegitimorum agebamus (1); etenim eaedem propemodum regulae pro descendentibus secundi, vel ulteriorum graduum, ac primi servari debent.

(1) *V. supra* §. 286., *et seqq.*

§. 356.

Ab intestata paternorum ascendentium haereditate nepos illegitimus repellitur non secus ac pater (§. 298.): sive enim legitimus sit ex filio naturali, avo succedere non potest, cum pater intermedius, per quem avo jungitur, intestatae successionis jure non gaudeat (d. §. 298.); adeoque patris sui jure uti non potest (1); cum, ex trito axiomate, nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habeat (2).

(1) *L. ult. prop. fin. cod. de natural. liber.* (5. 27.)
(2) *L. Nemo plus juris* 54., *l. Nemo plus commodi* 120. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 357.

Quod si nepos ex illicito complexu fuerit procreatus, licet pater ipsius legitimus sit, nec potest avo succedere, quamvis pater decesserit (1): cum nec patri suo, per quem avo junctus est, ab intestato succedat (d. §. 298.)

(1) *D. l. ult. prop. fin. cod. de natur. liber.* (5. 27.)

§. 358.

Sed quid, si pater naturalis per subsequens matrimonium legitimatus fuerit? Cum filius patris conditionem sequatur, certum est, nepotem ex justis nuptiis natum, per legitimationem patris avo quoque legitimum fieri (1): quod si filius a patre ex Principis rescripto legitimatus fuerit, avo nepos minime succedit, nec agnatis, aut cognatis, nisi consanguinei legitimationi consenserint (2).

(1) *L. Cum quis a muliere* .10., *et l. sequ. cod. de naturalib. liber.* (5. 27.)
(2) *V. Tom. I. pag.* 392. §. 1314.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

§. 359.

Quod vero ad maternos ascendentes pertinet, nepotes tum naturales, tum spurii successionis intestatae capaces habentur (§. 286.), non vero qui progeniti sunt ex complexu damnato (§. 287. ad 293.): succedunt, inquam, jure repraesentationis (§. 296.), non secus ac legitimi, de quibus mox dicturi sumus.

§. 360.

Descendentes ex foeminis, si jus antiquum inspiciamus, ad legitimam avi, vel proavi materni haereditatem non admittebantur, nisi post agnatos (1): deinde, quia nepotum, et pronepotum nomen aeque convenit, ait Justinianus, illis, qui ex foeminis, ac qui ex masculis descendunt, Principes descendentibus utriusque generis *eundem gradum, et ordinem successionis donaverunt* (2); idest decreverunt, ut descendentes ex foeminis idem jus intestatae successionis haberent, quod per legem XII. tabularum competebat descendentibus ex masculis; ita ut non tantum succedant, si soli sint, sed etiam jure repraesentationis concurrant cum avunculo, prout inferius demonstrabimus.

(1) §. *Item vetustas* 15. *institut. hoc titul.*
(2) *D.* §. 15., *fer. in princip.*, *versic. Divi autem Principes.*

§. 361.

Non tamen per omnia nepotes ex foeminis descendentes exaequati fuerunt nepotibus, qui ex masculis descendunt; illorum portionem paullo minuendam esse existimarunt antiqui Imperatores, ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, si viveret (1). Si ergo avo materno superstites fuissent filius, atque ex filia praemortua nepotes, filius, praeter semissem, duas adhuc uncias ex portione, quae ad matrem pervenisset, detrahebat, ita ut filius octo uncias, nepotes quatuor tantum uncias consequerentur (2).

(1) *D.* §. *Item vetustas* 15. *in med. institut. hoc tit.*, *l. Si defunctus* 9. *cod. hoc tit.*
(2) *D.* §. 15. *institut.*, *d. l.* 9. *cod. hoc tit.*

§. 362.

Postremo Justinianus, hac deductione sublata (1), nec non prohibita quarta agnatis (2), nepotes, caeterosque descendentes ex foeminis per omnia exaequavit illis, qui ex masculos descendunt (3): quamquam vetus jurisprudentia (§. 360.) apud nos magis placuit, atque ideo cautum, ut tum foeminae, tum ab ipsis descendentes, etiam si haeredes non sint, ab omni ascendentium, sive paternorum, sive maternorum successione excludantur, si modo dos mulieri constituta fuerit a consanguineis, vel constituatur, atque adsint mulieris fratres, etiam ex uno latere conjuncti, aut horum filii, aliive descendentes per lineam masculinam, per quos familia conservari, et propagari possit (4).

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1.
(2) §. *ult. instit. hoc tit.*, *l. ult. cod. hoc tit.*
(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *in fin.*
(4) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1., *et* 2.

§. 363.

Caeterum in illis casibus, in quibus nepotes ad avi successionem admittuntur, cum repraesentationis, non proprio, jure veniant, non in capita, sed in stirpes succedant, sive concurrant cum patruo, sive soli sint (1).

(1) §. *Cum filius* 6. *instit. hoc tit.*, *Novell.* 118. *cap.* 1. *fere in medio.*

§. 364.

Proinde, si fingamus, Titio superstitem esse filium, nec non ex altero filio sive unum, sive plures nepotes, aeque bonorum haereditariorum divisio fit, ita ut semis-

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55. sem habeat filius, alterum semissem consequantur nepotes, quanticumque sint; utpotequi, licet plures numero, unius tamen jure utuntur, idest patris, cujus gradum repraesentant (1).

(1) *D. §. Cum filius 6. prop. fin. institut. hoc tit.*

§. 365.

Cum autem omnino placuerit legumlatoribus, nepotes, et caeteros descendentes jure repraesentationis ad avitam haereditatem venire, consequenter statuendum fuit, haereditatis divisionem etiam in stirpes fieri, cum soli nepotes, vel soli pronepotes sunt (1): proinde, si tres filii praemortui fingantur, superstitibus, ex primo quatuor nepotibus, duobus ex secundo, unico autem nepote ex tertio filio, haereditas in tres partes aequales dividetur, quarum una quatuor nepotibus ex primo filio, altera duobus nepotibus ex secundo, tertia nepoti ex tertio filio debita est (2).

(1) *D. §. Cum filius 6. fere in fin. instit. hoc tit., l. Nepotes 2. cod. hoc tit.*
(2) *D. §. 6. in fin.*

§. 366.

Modo innuimus, in hac descendentium linea jus repraesentationis vigere non tantum in nepotibus, sed etiam in pronepotibus, caeterisque descendentibus (§. praeced.). Justinianus utique dumtaxat mentionem facit nepotum, et pronepotum non abneptum, vel atnepotum (1): verum non ideo descendentes remotiores excluduntur; cum immo Imperator aperte profiteatur, se nolle, in hoc ordine gradum quaeri (2): et fortassis de inferiorum graduum descendentibus siluit Justinianus, quia raro admodum contingit, ut abnepotes, vel atnepotes ad abavi, vel atavi successionem concurrant (3).

(1) *In d. §. Cum filius 6. instit. hoc tit., d. Novell. 118. cap. 1.*
(2) *D. Novell. 118. cap. 1. prop. fin.*
(3) *L. Jura 3., et seqq. ff. de legibus* (1. 3.)

§. 367.

Cum intestatus dicatur etiam ille, qui testamentum jure fecit, sed quod, haerede non adeunte, destitutum est (1), idcirco contingere potest, ut nepos avo succedat, licet eo tempore, quo mortuus est avus, primum in gradu succedendi locum revera non teneret, nec per jus repraesentationis tenere fingeretur: puta si avus filium exhaeredaverit, extraneo haerede instituto: si filius moriatur ante aditam, vel repudiatam ab extraneo haereditatem, tum extraneus haeres non fiat, vel quia nolit, vel quia non possit, nepos ad avitam successionem tamquam suus haeres admittetur (2).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*
(2) *§. Cum autem 7. instit. hoc tit., l. Scripto. haerede 7. ff. si tabul. testament. null. extab.* (38. 6.), *l. 1. §. Sciendum 8. ff. hoc tit.*

§. 368.

Rationem hujus juris statim subjicit Justinianus, *quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patrem familias, solus invenitur nepos* (1); licet enim in aliis casibus, in quibus vel nullum, vel non jure factum est testamentum, aut jure factum, vivo adhuc testatore, propter mortem haeredis instituti corruit, inspiciatur tempus mortis, ut sciri possit, an quis suus haeres defuncto sit, nec ne, in hoc tamen casu aequius visum fuit inspicere tempus, quo certum esse incipit, haereditatem ex testamento non adiri, sed ab intestato deferri (2).

(1) *D. §. Cum autem 7. in fin. institut. hoc tit.*
(2) *D. l. Scripto haerede 7. ff. si tabul. testament. null. extab.* (38. 6.), *d. l. 1. §. Sciendum 8. ff. hoc tit.*

§. 369.

Neque objici potest nepoti, quod primum in avi potestate, vel successione locum non teneat, quia pater exhaeredatus avo superstes fuerit; etenim, ut modo innuimus,

patri haereditas nunquam delata fuit; atque solus nepos invenitur, cum quaestio incidit de successione intestata (1), cui locus non fit, quamdiu haereditas ex testamento adiri potest (2).

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *D. l.* 1. §. *Sciendum* 8. *ff. hoc tit.*, *l. Si quis filio* 6. *in princip. ff. de injust.*, *rupt.*, *irrit. fact. testament.* (28. 3.)

(2) *L. Quamdiu* 39. *ff. de acquirend. haeredit.* (29. 2.)

§. 370.

Porro nepos in hoc, et similibus easibus avo sueeedit, licet natus non fuisset, cum avus decessit, dummodo jam conceptus fuerit (1): si vero nec conceptus nepos fuerit eo tempore, quo vita functus est avus, sentit post Marcellum Ulpianus, nepotem hunc, nec ut suum, immo neque ut nepotem ad avi successionem venire posse (2): aequitate tamen inspecta, et naturali ratione, quae parentum bona filiis addicit (3), plerique existimant, jus intestatae successionis huic nepoti competere (4): maxime quia Justinianus, simpliciorem succedendi rationem introducendo, nepotes post mortem avi conceptos a caeteris non distinxit (5).

(1) *Dict. l. Si quis filio* 6. *ff. de injust.*, *rup.*, *irrit. fact. testament.* (28. 3.)

(2) *D. l.* 6. *prop. fin. princip.*

(3) *L. Scripto haerede* 7. §. 1. *ff. si tabul. testam. nul. extab.* (38. 6.), *l. Cum ratio naturalis* 7. *ff. de bon. damn.* (48. 20.)

(4) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 6. *fer. in princip.*

(5) *Novell.* 118. *cap.* 1.

§. 371.

Praecipua haec sunt, quae ad primum successorum ab intestato ordinem, seu descendentium pertinent: sequitur disputatio de jure ascendentium in sueeessione filiorum, nepotum, eaeterorumque descendentium.

Sectio II.

De successione ascendentium.

Instit. lib. 3. tit. 3. *De Senat. Consul. Tertyll.*
Digest. lib. 38. tit. 17. } *Ad Senat. Cons. Tertyll.*
Cod. lib. 6. tit. 56. }

SUMMARIA.

Agnatus proximus intestatam defuncti successionem olim habebat, si nemo ex descendentibus superesset. §. 372.

Parentes jure vetere ad luctuosam filiorum haereditatem non admittebantur. §. 373.

Peculii castrensis bona pater olim acquirebat jure peculii, non successionis. Quid de bonis adventitiis? §. 374.

Matri olim filiorum successio denegabatur, quam tamen praetor deinceps concessit. §. 375.

Filiis familias posteriore Romanorum jure successerunt liberi, tum fratres, postremo parentes. §. 376.

An peculium castrense filii pater hodie acquirat jure successionis, an jure peculii? §. 377.

Matri luctuosa filiorum haereditas, non aviae, in primis data fuit. §. 378.

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

Justinianus matrem, atque maternos ascendentes ad legitimam filiorum haereditatem vocavit, servato proximitatis ordine. §. 379.

Parentes utriusque sexus intestatam liberorum successionem post descendentes habent. §. 380.

§. 372.

Si nemo suus haeres defuncto supersit, quem leges XII. tabularum ad patris successionem vocabant (1); vel emancipatus, cui ex jure praetorio patris successio defertur (2), vel nepos aut pronepos ex foemina descendens, qui ex Imperatorum constitutionibus (3) ad successionem avi admittitur, olim potior erat agnatorum conditio, seu ad agnatum proximum successio pertinebat (4).

(1) §. 1. *inst. de haereditatib., quae ab intestat. deferunt.* (3. 1.)

(2) §. *Emancipati autem* 9. *institut. eod. tit.*

(3) §. *ult. instit. eod. tit.*

(4) *Princip. instit. de legitim. agnator. succession.* (3. 2.)

§. 373.

Igitur antiquo Romanorum jure, parentes ad luctuosam filii haereditatem non admittebantur; quamquam conditio patris aliquando favorabilior erat: quae ut intelligantur, distinguendi sunt filii sub potestate retenti ab emancipatis. Filii in potestate retenti bona tantum castrensia habere poterant; etenim bona adventitia posterioribus Imperatorum sanctionibus filiis familias concessa fuerunt (1).

(1) §. 1. *institut. Per quas person. cuiq. acquirit.* (2. 9.)

§. 374.

Si filius in patris potestate retentus fuisset, atque castrensia bona habuisset, haec quidem, filio intestato defuncto, patri acquirebantur, sed jure peculii (1); quod si filius emancipatus intestatus decessisset; cum emancipatus extraneo comparetur (2), jure civili successionem habere non poterat; quamquam praetor deinceps ei bonorum possessionem dedit in ordine cognatorum (3); legitimae autem successionis jus, si pater contracta fiducia filium manumisisset (4).

(1) *L. Si filiusfamilias* 2., *et passim ff. de castrens. pecul.* (49. 17.)

(2) *L. Si genero* 26. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(3) §. 1. *institut. de bonor. possessionibus* (3. 10.)

(4) *L. Si ad patrem* 10. *ff. de suis, et legitim. haeredibus* (38. 16.), §. *ult. instit. de legitim. agnator. succession.* (3. 2.)

§. 375.

Ex his constat, matri legitimam quoque filiorum successionem fuisse denegatam (1); cum jus patriae potestatis in filios non habeat: attamen praetor, juris veteris asperitate remissa, matrem quoque vocavit ad filiorum successionem in ordine cognatorum (2).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. 1. *institut. de bonor. possessionibus* (3. 10.)

§. 376.

Sed deinceps filiis familias indultum fuit, ut haeredem intestatum habere possent (1): videlicet Imperatores Leo, et Anthemius, concessa filiis familias proprietate bonorum maternorum, et materni generis, simul decreverunt, ut in his ab intestato succederent liberi, si qui superessent; liberis deficientibus fratres defuncti: nullis vero, nec liberis, nec fratribus existentibus, postremo vocarunt ad intestatam filii successionem parentes (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de legitim. haeredibus lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 5. *V. Tom. V.* §. 1123., *et seqq.*

(2) *L. Quaecumque res* 4. *cod. de bon. quae liberis etc.* (6. 61.)

§. 377.

Sane idem jus, quod de bonis maternis, et materni generis inductum fuit, potiori ratione recipi debuit in bonis castrensibus ab intestato filio familias relictis, cum enim

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

bona materna, quorum usumfructum habet pater (1), jure peculii occupare non posset, multo minus hoc jure uti poterat in bonis castrensibus, quae tum proprietate, tum usufructu ad filium, dum viveret, spectabant (2): atque ita obtinuisse innuit Justinianus, cum ait, peculium castrense filiifamilias intestati, nullis liberis, vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinere (3), seu jure haereditario; si enim jure peculii bona haec pater occuparet, omnibus praeferendus esset, prout olim observabatur (4).

(1) *D. l. Quaecumque res* 4. *cod. de bon. quae lib.*
(2) *L. Miles* 4. §. 1., *l. Ex nota* 10., *et passim ff. de castrens. peculio* (49. 17.)
(3) *Princ. instit. quib. non est permiss. facere testament.* (2. 12.)
(4) *D. l. Si filius familias* 2. *ff. de castrens. pecul.*

§. 378.

Postquam placuit, patri legitimam in bonis castrensibus, et adventitiis successionem dare, eadem aequitatis ratio suasit, ut idem jus favore matris reciperetur: nec tantum tertio loco post liberos, et legitimos haeredes (1); atque in primis, hisce juris angustiis, ait Justinianus, emendatis, divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit haereditatem (2).

(1) *D. §. 1. instit. de bonor. possessionib.* (3. 10.), *princ. instit. hoc tit.*
(2) §. 1. *institut. hoc tit.*

§. 379.

Deinde Senatusconsulto Tertylliano diligentius cautum est de tristi, seu luctuosa, et contra maternae pietatis votum successione (1): atque speciatim definitum, quandonam mater admittatur, qui cum ea concurrant, quibus praeferatur, posthabeatur (2): sed aviae eodem Senatusconsulto nepotis intestati haereditas delata non fuit (3). Postremo Justinianus, plenios consulere volens ascendentibus utriusque sexus, non tantum primi, sed et ulteriorum graduum, eos omnes ad luctuosam liberorum sine prole decedentium haereditatem vocavit, servato tamen proximitatis ordine (4).

(1) *D. §. 1. instit. hoc tit.*
(2) *V. l. Sive ingenua* 2. *princip.*, *et §. seqq. ff. hoc tit.*
(3) *D. §. 1. instit. hoc tit.*
(4) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

§. 380.

Igitur novissimo jure, si defunctus post se descendentes superstites non relinquat, parentibus utriusque sexus legitima liberorum successio competit: sive soli sint, sive defuncto supersint fratres, aut sorores ex utroque parente conjuncti, cum quibus concurrunt: perspicuitatis gratia in primis dicemus de successione ascendentium, cum soli sunt: tum explicabimus, qua ratione ascendentes cum fratribus, aut sororibus defuncti admittantur.

ARTICULUS I.

De successione ascendentium, cum soli sunt.

SUMMARIA.

Quae sint in hoc articulo speciatim explicanda. §. 381.
Parentes in successione descendentium hodie praeferuntur omnibus ex latere cognatis, exceptis fratribus utrinque conjunctis defuncto. §. 382., *et* 383.
Ascendentes proximiores in successione intestata descendentium praeferuntur remotioribus. §. 384.

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38 tit. 17. Cod. l. 6 tit. 56.

Haereditas in partes aequales dividitur, si superstites sint defuncti pater, et mater; aut remotiores ascendentes, quanticumque sint. §. 385.

Ascendentes hodie praeferuntur in successione omnibus consanguineis praeter fratres, et sorores ex utroque parente conjunctos. §. 386.

Mater, et materni ascendentes, jure Romano, praeferuntur in successione intestata agnatis. Quid si agnati contendant, matrem statuto excludi? §. 387.

Parentes naturales eodem jure utuntur erga filios, quo filii naturales erga ipsos. §. 388.

Parentes excluduntur ab omni emolumento successionis filiorum, quos ex damnato complexu procreaverint. §. 389.

Mater filiorum tum naturalium, tum spuriorum intestatam successionem habet. §. 390.

An mater naturalis, et legitima praeferri debeat in successione filii matri adoptanti? §. 391., *et* 392.

Mater adoptiva praefertur naturali, si adoptio usque ad filii mortem constiterit. §. 393.

Patriae potestatis defectus in matre adoptiva non impedit jus legitimae successionis. §. 394.

Nec mater naturalis cum adoptiva, nec pater legitimus, et naturalis cum adrogante concurrunt in successione intestata filii. §. 395.

Jus repraesentationis in linea ascendentium leges non admittunt. Quare? §. 396.

Mater in legitima successione filii praefertur avo paterno. §. 397.

Ascendentes remotiores succedunt ab intestato descendentibus in stirpes, non in capita. §. 398.

Ascendentes tum paterni, tum materni ex aequo succedunt liberis in bonis aliunde quaesitis. §. 399.

Proponitur quaestio, utrum bona paterna paternis, materna maternis ascendentibus jure legitimae successionis debeantur. §. 400., *et* 401.

Bona, a quocumque pervenerint, simul juncta unius haereditatis jure censentur. §. 402.

Jus singulare ad alios casus protrahere non licet, potissimum si aliae legum sanctiones huic interpretationi obstent. §. 403., *et* 404.

Paterna paternis, materna bona maternis ascendentibus cedere apud nos usu fori receptum est. §. 405.

Si ascendentes sint in dispari gradu constituti, proximior remotiorem excludit, quamvis bona ad filium a remotiore pervenerint. §. 406.

Quid si praeter ascendentes adsint consanguinei transversales defunctae personae? §. 407.

Ususfructus in bonis adventitiis filii an patri auferatur, si succedat simul cum matre? §. 408.

Pater non habet usumfructum bonorum, quae jure intestatae successionis perveniunt ad filium, defuncti fratrem. §. 409.

An veterum legum scita posteriore Justiniani constitutione abrogata sint, quoad usumfructum patri auferendum in portione, quae pervenit ad matrem? §. 410.

Avus paternus succedens cum avo materno non retinet usumfructum bonorum, quae ex linea materna defunctus acquisivit. §. 411., *et* 412.

Peculii profectitii successio eadem est jure novo, ac vetere. §. 413.

§. 381.

De jure ascendentium in successione liberorum acturi in primis referemus novissimam Justiniani legem de hac re latam: tum declarabimus, quae obscuriora videri possunt; demum expendemus nonnullas quaestiones, de quarum solutione non omnino conveniunt interpretes, et pragmatici; licet enim Justinianus rem hanc diligentissime pertractaverit: attamen non omnes omnino difficultates sublatae sunt; cum vix, ac ne vix quidem, una lege casus omnes, qui quandoque inciderint, comprehendi possint, prout scite monet Julianus (1).

(1) *L. Neque leges* 10., *l. Non possunt* 12. *ff. de leg.* (1. 3.)

Inst. l. 3 tit. 3 ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 382.

Si defunctus ab intestato nullos relinquat descendentes, *pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis*, ait Justinianus, *praeponi sancimus, exceptis solis fratribus, utroque parente conjunctis defuncto* (1). Quod si plurimi ascendentium superstites sint, hos subjicit Imperator, *praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur; masculos, et foeminas sive paterni, sive materni sint* (2), si autem ascendentes omnes defuncto superstites in eodem gradu constituti reperiantur, *ex aequo inter eos haereditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit* (3).

(1) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *in princ.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *fere in principio.*

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *fere in medio.*

§. 383.

Tria sunt hujusce constitutionis capita. Primum pertinet ad jus successionis ascendentibus concessum; atque omnes, tum pater, tum mater, tum alii parentes praeponi jubentur omnibus ex latere cognatis, si excipiantur fratres ex utroque parente conjuncti, quod inferius se explanaturum promittit Justinianus (1): atque illius exemplo sequenti articulo explicabimus.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *in princip.*

§. 384.

Altero Justinianeae sanctionis capite praescribitur ordo successionis ascendentium, cum plures supersunt, sed in diverso gradu constituti, puta pater, vel mater, et simul avus, vel avia: atque praelatio datur ascendentibus proximioribus, sive masculini, sive foeminei sexus sint; sive per patrem, sive per matrem defuncto conjuncti (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si autem plurimi.*

§. 385.

Tertio, atque postremo loco definit Imperator, qua ratione fieri debeat haereditatis divisio, cum plures ascendentes defunctus reliquit, in eodem gradu constitutos: atque decernit, ut haereditas in partes aequales dividatur inter eos, puta inter patrem, et matrem: vel, si superstites sunt (proximioribus parentibus defunctis) remotiores ascendentes, dimidia haereditatis portio datur ascendentibus paternis, sive unus, sive plures sint, altera maternis ascendentibus, quanticumque sint (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si autem eundem.*

§. 386.

Ergo tum pater, tum mater, necnon alii ascendentes praeferuntur omnibus consanguineis, uti ajunt, transversalibus, si excipiamus fratres, et sorores ex utroque parente conjunctos (1): proinde recessum est a jure vetere (§. 374.); ita ut filius non tantum in adventitiis, sed etiam in profectitiis bonis ei pleno jure quaesitis, puta quae occasione matrimonii a patre ei donata fuerunt, legitimum haeredem habeat, non solum descendentes, sed ipsummet patrem, atque etiam fratres (2): bona vero castrensia jure successionis, non peculii, ad patrem pervenire, post Justiniani constitutiones (3), alibi defendimus (4).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *in princ.*

(2) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 5. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(3) *Novell.* 115. *cap. Justum autem* 4. *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

(4) *V. Tom. V. pag.* 284. §. 1086., *et* 1087.

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 387.

Non tantum paterni, sed etiam materni ascendentes, adeoque mater, et avia liberorum successionem habent, si Romanum jus inspiciamus (1): quod si agnati forte contendant, matrem in vim alicujus statuti ab intestata filiorum successione excludi, praeferri debet mater in possessione bonorum, utpote quae nititur jure communi (2): agnati autem jure singulari, quod facti est, atque ideo probari debet (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2., *junct. l. ult. cod. de Edict. D. Adrian. tollend.* (6. 33.)

(3) *L. Ab ea parte* 5. *princip.*, *et* §. 1., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probationibus* (22. 3.)

§. 388.

Si parentes legitimi sint, nulla est difficultas: dubitari potest de naturalibus, vel adoptivis. Quod ad parentes naturales attinet, generatim decrevit Justinianus, ut, in quibus casibus naturales filii vocantur ad successionem, in illis quoque filii decentem naturalibus patribus devotionem servent: eademque mensura, qua parentes prospiciunt naturalibus filiis secundum legem a se latam, et ipsi parentibus compensent, sive in successionibus, sive in alimentis (1). Porro de jure filiorum naturalium in successione parentum supra diximus (§. 286., et seqq.)

(1) *Novell.* 89. *cap. In quibus autem* 13.

§. 389.

De parentibus naturalibus concepta est Justiniani sanctio (§. praeced.), seu qui liberos genuerunt ex complexu cum muliere, cum qua matrimonium iniri potuisset: an vero idem favor tribuendus sit parentibus incestuosis, et his similibus, qui liberis datur, non eadem est omnium sententia: plerique tamen, nec immerito, tales parentes ab omni emolumento in filiorum successione repellunt, cum et proprio scelere indigni sint, nec ipsis faveat humanitatis ratio, quae liberis ita progenitis suadet, ex bonis parentum suppeditari congrua ad vitam sustentandam alimenta (§. 303.)

§. 390.

Mater sane non tantum naturalium, sed et vulgo quaesitorum successionem habet (1): quia et vulgo quaesitis maternae successionis jus competit (2); nam matri non obstat incertitudo, quae patri obesse potest (3).

(1) §. *ult. instit. hoc tit.*, *l. Sive ingenua* 2. *ff. hoc tit.*

(2) §. *penult. institut. de Senatus Consult. Orphician.* (3. 4.). *V. supra* §. 286.

(3) *V. supra* §. 301.

§. 391.

Disputatum olim fuit apud nos, utrum mater legitima, et naturalis praeferenda esset in successione filii matri adoptivae, an simul cum ea admitti deberet? Titius aetate major, patre defuncto, Semproniae ex Principis indulgentia (1) se in adrogationem dedit: postea decessit, superstitibus post se relictis matre, et fratre legitimis, et naturalibus, nec non matre adrogante. Mater naturalis contendebat, sibi soli competere jus intestatae successionis, non quidem excluso filio, cum quo nulla erat contentio, sed exclusa matre adrogante: contra mater adoptiva dimidium portionis ad matrem spectantis vindicabat (2).

(1) §. *Foeminae* 10. *instit. de adoptionibus* (1. 11.)

(2) *Osasc. decis.* 75.

§. 392.

Quamquam nonnulla sunt argumenta, quae matri adroganti favere videntur, juri tamen magis consentaneam putat Osascus sententiam, quae matrem naturalem ad filii successionem admittit, adrogante penitus exclusa (1): atque nititur responsis Modestini asserentis, patrem adoptivum non obesse matri (2): et Ulpiani ajentis, patrem natu-

talem utique nocere matri, ne ab intestato succedat, non vero adoptivum, si filius adrogatus amplius non sit sub patria potestate (3): sane, ut omnes norunt, mulieres potestatis patriae capaces non sunt (4).

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *Osasc. d. dec.* 75. *in fin.*

(2) *L. Patrem adoptivum* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Sive ingenua* 2. §. *Objicitur* 15. *ff. hoc tit.*

(4) *D.* §. *Foeminae* 10. *institut. de adoptionib.* (1. 11.)

§. 393.

Verum in proposita specie (§. 390.), Senatus pro matre naturali ex eo pronunciavit, quod per posterius instrumentum recessum fuerat ab actu adrogationis (1): quae, cum mutuo matris, et filii consensu celebrata fuisset, eodem modo dissolvi potuit (2): alioquin, cum filius adrogatus matri adroganti succedat, non naturali (3), vicissim quoque filii successio ad matrem adrogantem, non ad naturalem spectare videtur; ut contrariorum, seu correlativorum eadem ratio sit (4).

(1) *Osasc. d. decis.* 75. *num.* 7.

(2) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. penult.* §. *ult. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(4) *L. Utrum* 7. §. *ult. ff. de reb. dubiis* (34. 5.), *l. ult. cod. de indict. viduitat. tollend.* (6. 40.)

§. 394.

Si ergo adrogatio per mulierem ex Principis indulgentia fuisset secuta, nec unquam retractata; matri adroganti, naturali exclusa, successio danda esset; quemadmodum tribueretur patri adroganti in odium patris naturalis (1). Neque defectus potestatis in matre impedit jus successionis favore ipsius, sicut nec obstat, quominus filius adrogatus ei succedat (2): maxime quia hodie mater non secus ac pater ad filii intestatam successionem admittitur (3).

(1) §. *Nunc autem* 2. *instit. de acquisition. per adrogation.* (3. 11.)

(2) *Argumen. d.* §. *Foeminae quoque* 10. *institut. de adoptionib.* (1. 11.) *junct. d. l. penult.* §. *ult. cod. de adoptionib.* (8. 48.), *et* §. *Sed ea omnia* 14. *in fin. institut. de haereditatibus, quae ab intestat. deferunt.* (3. 1.)

(3) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., §. *Sed cum antea* 5. *institut. hoc tit.*

§. 395.

Nullo autem niti fundamento videtur propositus ab Osasco concursus matris adoptivae cum matre naturali in successione filii (1); ait quidem Justinianus, ascendentes, si plures sint, in eodem gradu, omnes simul admitti (2): sed loquitur Imperator, prout legenti patet, de ascendentibus sanguine conjunctis, puta patre, et matre, avo, et avia: non de illis, quorum unus natura, alter commento juris civilis parens sit, vel habeatur; alioquin dicendum esset, patri adroganti integram filii successionem non deberi; cum tamen apertissimis verbis profiteatur Justinianus, se nihil in hac re immutasse (3): atque, ut apud omnes constat, posteriores constitutiones, quae generatim conceptae sunt, non derogant prioribus specialibus (4).

(1) *Osasc. d. decis.* 75. *num.* 1.

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., *versic. Si autem eundem.*

(3) *D. l. penult.* §. *ult. cod. de adoptionib.* (8. 48.), *d.* §. *Sed ea omnia* 14. *in fin. cod. de haereditatib., quae ab intestat. deferunt.* (3. 1.)

(4) *L. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.*, *l. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 396.

Sed progrediamur ad secundum Justinianeae sanctionis caput, quo proximiores ascendentes remotioribus praeferuntur (§. 384.): ex quo patet, in linea ascendentium

Inst. l. 3 tit. 3. ff. l. 38 tit. 17 Cod. l. 6 tit. 56.

jus repraesentationis inductum a legibus non fuisse; quia deest aequitatis ratio, quae hoc jus in descendentibus suasit: nimirum per jus repraesentationis, quod viget inter descendentes, atque collaterales, seu consanguineos transversales, filii accipiunt portionem haereditatis, quae ad patrem superstitem pervenisset (1) juxta naturae ordinem et votum parentum (2): contra in ascendentibus, si remotiores jure repraesentationis admitterentur, bona filiorum ad patres pervenirent, quod nec naturalis ratio, nec parentum votum expostulat (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 1., *et cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *L. Scripto haerede* 7. §. 1. *ff. si tabul. testament. nul. extab.* (37. 2.), *l. Cum ratio naturalis* 7. *in princip. ff. de bon. damnator.* (48. 20.)

(3) *D. l.* 7. §. 1. *ff. si tabul. testam. etc.*

§. 397.

Nihil porro interest, utrum ascendentes remotiores sint ex eodem latere, seu ex eadem linea, an ex diversis: quare mater avum paternum excludit (1): generalia enim sunt Justiniani verba; proximiores, sive masculi sint, sive foeminae, sive ex paterna, sive ex materna linea, remotioribus praeferentis (2): quinimmo alibi expressius tradit idem Imperator, matrem omnibus legitimis personis anteponi, exceptis fratribus et sororibus (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *vers. Si autem plurimi.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *et d. versic.*

(3) §. *Sed, cum antea* 5. *institut. hoc tit.*

§. 398.

Postremo diximus (§. 385.) ex Justiniano, haereditatem liberorum aequaliter dividi inter ascendentes in eodem gradu constitutos, ita ut dimidia portio cedat lucro ascendentium paternorum, altera maternorum, quicumque sint (2): proinde divisio fit non in capita, sed in stirpes: atque in hoc interpretes, et pragmatici consentiunt. Sed acriter disputatur, an haereditas in partes omnino aequales dividi debeat, nulla habita ratione originis bonorum: an vero divisio facienda sit inspecta bonorum origine, seu facta distinctione, utrum bona a patre, paternisve ascendentibus ad liberos pervenerint, utrum a matre, vel maternis ascendentibus.

(1) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si autem eundem.*

§. 399.

Certa ab incertis secernamus. Consentiunt omnes, bona, quae filius ab extraneis, seu alio quocumque praeter ascendentes paternos, vel maternos consecutus fuit, ita ut haereditas filii, ait Thesaurus, separata sit a substantiis parentum, aequa lance dividi inter ascendentes, sive paternos, sive maternos (1).

(1) *Thesaur. dec.* 27. *num.* 1.

§. 400.

Difficultas ergo est de eo casu, quo bona ab uno ex ascendentibus, vel paternis, vel maternis ad filium profecta sint: atque hic duae sunt sententiae: quidam existimant, etiam in hoc casu aequalem bonorum divisionem inter ascendentes ejusdem gradus faciendam esse. ita ut dimidia portio paterno, altera dimidia materno ascendenti detur (1): sententiam hanc, si Fabro credimus, olim amplexus fuit Sabaudus Senatus (2)

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyl. lib.* 38. *num.* 11. *fer. in princip.*

(2) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 2.

§. 401.

Pugnant, qui ita sentiunt, duplici argumento; primum ex verbis legum desumunt, alterum ex legum sententia; in primis, inquiunt, Justinianus decrevit, ut descendentis haereditas *ex aequo* dividatur inter plures ascendentes ejusdem gradus, ita ut *medie-*

tatem accipiant paterni, *medietatem* materni (1): porro, si bona paterna paternis, materna maternis ascendentibus adjudicentur, nec ex aequo fit haereditatis divisio, nec multo minus per *medietates;* cum ita facile contingere possit, ut alter ex ascendentibus, ex cujus lineae bonis nihil ad filium pervenerit, nullum ex successione emolumentum consequatur. Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *vers. Si autem eundem.*

§. 402.

Legum quoque sententia, subjiciunt, huic interpretationi favet; etenim bona, postquam ad aliquem pervenerunt, eique plene quaesita sunt, desinunt esse paterna, vel materna: immo nec juris fictione talia considerantur (1). adeoque, sicuti caetera bona ex aequo inter ascendentes dividi omnes fatentur (§. 399.), ita et de bis judicandum; quia simul juncta unius haereditatis jure censentur (2).

(1) *L. Sed si plures* 10. §. *Filio impuberi* 2. *ff. de vulgar., et pupillar. substit.* (28. 6.)

(2) *D. l.* 10. §. 2. *in fin., l. Qui patri* 59. *ff. de acquirend. haereditat.* (29. 2.)

§. 403.

Neque nocet, inquiunt, quod ab Imperatoribus Theodosio, et Valentiniano constitutum est de successione deneganda avo paterno in bonis praemortui nepotis, quae ad hunc a matre, vel linea materna pervenerunt (1): vel a Justiniano ad bona filii emancipati, quae a matre profecta sunt, vocante solos fratres, vel sorores ex eadem matre, exclusis fratribus ex alia matre progenitis (2).

(1) *L. Quod scitis prioribus* 3. *versic. Sin autem iidem cod. de bon. quae liber.* (6. 61.) *L. ult. cod. commun. de successionib.* (6. 59.)

(2) *L. De emancipatis* 13. §. *ult. cod. de legitim. haeredib.* (6. 58.)

§. 404.

Duplici responsione propositam difficultatem solvunt; in primis ajunt, in allatis legibus (§. praeced.) contineri jus singulare, quod ad alios casus protrahere non licet (1): cum a diversis argumentari jura non sinant (2): praeterquamquod addunt, novo jure, quod Justinianum auctorem habet (3), objectae constitutiones abrogatae sunt. Sane Justinianus in successionis materia priores leges vacare jubet, atque ea sola servari, quae ipsemet constituit (4).

(1) *L. Quod vero* 14., *et seq. ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *L. Papinianus* 20. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(3) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., *versic. Si autem eundem.*

(4) *D. Novel.* 118. *in praefation.*

§. 405.

Hisce tamen neutiquam obstantibus, aliis placet, bona materna, et materni generis ascendentibus maternis, paterna vero paternis ascendentibus jure successionis intestatae deberi; eorumque sententiae constanter adhaeret Senatus Pedemontanus (1): motus tum aequitatis specie, quae suadere videtur, ut bona, quae ab aliquo pervenerunt, ad eundem revertantur (2); tum exemplo eorum, quae pro successione nepotis, et fratris emancipati constituta fuerunt ab Imperatoribus (§. 403.)

(1) *Thesaur. decis.* 27. *num.* 3. ✠

(2) §. 1. *institut. per quas person. cuiq. acquirit.* (2. 9.)

§. 406.

Caeterum fatetur idem Thesaurus, sententiam hanc non obtinere, nisi ascendentes sint in pari gradu; alioquin, nulla habita ratione originis bonorum, successio integra proximiori ascendenti datur; puta si moriatur nepos, qui bona sua consecutus sit ab avia materna, bona devolvuntur ad patrem superstitem licet avia quoque materna, quae nepoti bona donavit, superstes sit (1); atque idem dicendum, si avus nepoti

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

bona donaverit, deinde decedat nepos superstite avo donatore, et matre; mater avum omnino excludit (2), prout Justinianus sancivit (3).

(1) *Thesaur. d. dec.* 27. *num.* 4. ✠

(2) *Thesaur. d. num.* 4. ✠

(3) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., *versic. Si autem plurimi.*

§. 407.

Altera exceptio obtinet, cum praeter ascendentes adsunt quoque consanguinei transversales defuncti (1): quamquam, si res attente inspiciatur, eadem aequitas favere videtur patri, puta, ut recipiat, quod filio donavit (§. 405.), nec cum filiis suis, defuncti fratribus, partiri teneatur. Sed de hac exceptione fusius infra dicemus (2).

(1) *Thesaur. d. decis.* 27. *num.* 5., *et quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 58. *num.* 5 ✠

(2) *V. infra* §. 450., *et* 451.

§. 408.

Si pater, et mater simul succedant filio usque ad mortem in patria potestate retento, cessare favore patris usumfructum in bonis adventitiis filii, pro ea parte, quae ad matrem jure intestatae successionis pervenit, plerique defendunt; tum quia morte filii extinguitur patria potestas, cujus vi pater usufructu adventitiorum gaudet (1); tum quia Justinianus aequalitatem servari vult inter patrem, et matrem, cum filio succedunt (2): haec porro aequalitas laederetur, si patri adhuc competeret ususfructus.

(1) §. 1. *instit. per quas person. cuiqu. acquirit.* (2. 9.)

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si autem eundem.*

§. 409.

Addi his potest exemplum ex eadem Justiniani constitutione desumptum: videlicet si fratres germani concurrant una cum patre ad successionem defuncti fratris in ea portione, quae filiis acquiritur, patri denegatur ususfructus, licet haec jure peculii adventitii a filiis teneatur (1): ergo potiori ratione pars, quae ad matrem pervenit ex filii haereditate, immunis esse debet ab ususfructus onere, cum marito in bonis uxoris, secundum generales juris regulas, nullum jus competat.

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 2., *in fin.*

§. 410.

Quod si objiciantur priorum legum scita, quibus decernitur, usumfructum in hisce casibus patri salvum esse; et matri solam proprietatem, quamdiu pater vivit, acquiri (1), respondent harum legum sanctionem posteriore Justiniani placito abrogatam fuisse (2), prout suadent allata superius argumenta (§. 408., et 409.); atque etiam innuit idem Imperator (3).

(1) *L. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*, *l. Quod scitis prioribus* 3. *in fin. cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., *versic. Si autem eundem.*

(3) *D. Novell.* 118. *in praefation.*

§. 411.

Sed de his alibi diximus (1), atque etiam animadvertimus, olim non tam ex legum auctoritate, quam aequitatis specie, pronunciatum fuisse, in eo casu, quo avus paternus succedat cum avo materno nepoti praemortuus, denegari quidem avo materno usumfructum in bonis, in quibus avus maternus succedit, si ex linea materna sint; non vero in caeteris (2), prout refert Thesaurus (3).

(1) *V. Tom. V. pag.* 327. §. 1241., *et seq.*

(2) *D. Tom. V. pag.* 328. §. 1247.

(3) *Thesaur. decis.* 156. *num.* 5. ✠

§. 412.

Avo paterno favere videntur leges veteres (1): sed pro avo materno probant nova Justiniani constitutio (2), atque allata superius argumenta (§. 408., et 409.). In his rerum adjunctis Senatus mediam quamdam viam amplexus est.

(1) *L. ult. in fin. cod. hoc tit.*
(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 413.

Quod pertinet ad peculium profectitium, jure novo (1) nihil immutatum apparet; nec immutari debuit, cum patris semper fuerit tum proprietate, tum usu, atque concessa tantummodo illius administratio filio: quare pater non tam succedere, quam retinere videtur.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

ARTICULUS II.

De successione ascendentium cum defuncti fratribus.

SUMMARIA.

Diversum jus apud Romanos diversis temporibus quoad successionem ascendentium una cum defuncti fratribus, et sororibus viguit. §. 414.

Ascendentes olim a defuncti fratribus, et sororibus ab intestata successione excludebantur: hodie simul admittuntur. §. 415.

Ascendentes cum defuncti fratribus succedentes virilem haereditatis partem consequuntur. §. 416.

Cur Justinianus denegaverit paternis ascendentibus usumfructum portionis, quae ad fratrem pervenit? §. 417.

In hac successionis specie jure Romano nulla fit sexus distinctio, aut patriae potestatis. §. 418.

Fratres utroque parente conjuncti defuncto cum ascendentibus ab intestato succedunt, non vero consanguinei, aut uterini. §. 419.

Mater, atque materni ascendentes, jure, quo nunc utimur, filiis non succedunt, si supersint fratres germani, vel consanguinei, eorumve descendentes per lineam masculinam. §. 420.

Proponitur quaestio, an portio successionis foeminae ablata integra acquiratur fratri, an pro parte lucro patris cedat? §. 421.

An filia a successione exclusa haberi debeat perinde ac si non existeret? §. 422.

Exclusio unius prodesse debet ei, cujus favore alter excluditur a successione. §. 423., *et* 424.

Quid si quis decedat, relictis post se patre, matre, fratre, et sorore? §. 425.

Frater prae matre succedens ei legitimam dare tenetur. §. 426.

Pater jure regio non excluditur a successione filiorum favore fratrum defuncti, qui tantum consanguinei sint. §. 427., *et* 428.

Frater consanguineus hodie excludit ab intestata successione tum sororem germanam, tum matrem; huic tamen legitimam dare tenetur. §. 429.

Quid si mater a fratre consanguineo non excluderetur? §. 430.

Fratres uterini, nec sororem, nec matrem excludunt a legitima successione. Quare? §. 431., *et* 432.

Fratrum germanorum filii simul cum ascendentibus vocantur ad defuncti thii successionem, si alii thii superstites sint. §. 433., *et* 434.

Fratrum filii cum thiis, et ascendentibus ab intestato succedentes jure repraesentationis veniunt, et in stirpes succedunt. §. 435.

Fratrum filii non succedunt cum parentibus, et thiis, nisi defunctus ipsorum pater utrinque conjunctus fuerit thio defunto. §. 436.

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

Fratrum filii ab intestato non succedunt cum ascendentibus, si nulli superstites sint thii. §. 437., *et* 438.

Cur fratrum filii cum ascendentibus succedant, si supersint thii, non vero si soli sint? §. 439.

Fratres utroque parente conjuncti defuncto ad intestatam fratris successionem vocantur cum proximis gradu ascendentibus. §. 440.

Fratres germani praeferuntur in successione intestata ascendentibus ultra patrem, matrem. §. 441.

In linea ascendentium jus repraesentationis non viget. §. 442., *et* 443.

Fratrum germanorum portio nimis minueretur contra legislatoris consilium, si ascendentes ultra patrem, et matrem una cum illis ad legitimam successionem admitterentur. §. 444.

Utrum sententia haec in foro recepta sit? §. 445.

Avus, et avia patruum, et avunculum ab intestata successione excludunt. §. 446.

In successione intestata Romanae leges potius respiciunt ad proximitatem sanguinis, quam ad familiarum conservationem. §. 447.

Parentes, qui ad secundas nuptias transeunt, non succedunt liberis ab intestato in proprietate, sed tantum in usufructu. §. 448.

Proponitur quaestio, an frater germanus succedat sorori in dote a patre profectae, quam maritus promiserit se restituturum mulieri, atque ejus haeredibus. §. 449., *et* 450.

Paterna bona paternis ascendentibus non dantur, quando pater succedit una cum filio aliis filiis, vel filiabus. §. 451.

Utrum pater succedens una cum filio consequatur usumfructum portionis bonorum, quae ad filium defuncti fratrem perveniunt? §. 452.

§. 414.

Hactenus egimus de jure ascendentium in successione liberorum, qui sine testamento decesserint, cum defunctus nec liberos, nec fratres, aut sorores reliquit: inquirendum sequitur, an, et quatenus concurrant ascendentes cum fratribus, et sororibus defuncti. Quemadmodum ascendentes non semper, nec eodem modo ad successionem descendentium vocati fuerunt, cum soli supererant (§. 373. et seq.): ita nec idem semper jus viguit quoad jus ascendentium, si defunctus fratres, et sorores reliquisset tum quoad patrem (1), tum quoad matrem (2).

(1) *L. ult. cod. commun. de successionibus* (6. 59.), *l. Quaecumque res* 4. *cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(2) §. *Praeferuntur autem* 3., §. *Sed cum antea* 5. *instit. hoc tit.*

§. 415.

Sed, cum leges veteres emendatae, atque in meliorem formam a Justiniano redactae fuerint (1), praetermissis earum ambagibus, explicandum suscipimus jus novum ab eodem Imperatore constitutum. Ergo Justinianus, postquam regulas praescripsit servandas in successione descendentium, qui solos ascendentes superstites reliquerunt, subjicit: *si vero cum ascendentibus inveniantur fratres, aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur* (2): ex quo patet, jus successionis, quod veteres denegabant parentibus, si defuncti frater, aut soror superstes fuisset, hodie competere (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *versic. Si vero.*

(3) *Princ., et* §. *seq. instit. hoc tit.*

§. 416.

Prosequitur Justinianus, atque praescribit modum in hujus intestatae successionis genere servandum: videlicet, ut tum parentes, sive unus, sive duo sint, tum singuli

fratres, et sorores in capita succedant, seu aequalem, et virilem partem singuli ex defuncti haereditate consequantur (1). An vero jus repraesentationis in hac successionis specie vigeat, inferius suo loco expendemus (2).

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 2.
(2) *V. infra* §. 460.

§. 417.

Cum autem pater olim ab intestata quidem successione penitus excluderetur, solis defuncti fratribus, et sororibus admissis: sed simul integrum perciperet usumfructum bonorum ad fratres, et sorores inde provenientium (1); Justinianus, ne in dispendium filiorum parentibus nimium favere videretur, patri usumfructum denegavit ejus portionis, quam filii ex fraterna haereditate consequuntur: *quoniam pro hac usus portione haereditatis jus, et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem;* verba sunt Justiniani (2).

(1) *L. De emancipatis* 13. §. 1., *et* 2. *cod. de legitim. haeredib.* (6. 58.), *l. ult. cod. commun. de successionibus* (6. 59.)
(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *prop. fin.*

§. 418.

Postremo, ne aliqua supersit dubitationis occasio, subjicit Imperator; nullum esse discrimen inter memoratas personas, quae ad legitimam successionem vocantur, sive masculi sint, sive foeminae: ita ut aequa sit conditio matris, ac patris, sororum, ac fratrum: sive per masculos, sive per foeminas conjuncti sint (1): sive sui juris, sive sub patris, vel avi potestate constitutus decesserit is, de cujus successione tractatur (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *prop. fin.*
(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *in fin.*

§. 419.

Igitur cum proximis ascendentibus concurrunt fratres, si modo utrinque, idest tum per patrem, tum per matrem defuncto fratri jungantur (§. 415.): atque ideo, si ex uno tantum latere sint conjuncti, nullum jus successionis habent; sed haereditas tota ad ascendentem pertinet: puta si pater binubus ex prima uxore Titium genuerit, Sempronium ex posteriore, Titio intestato defuncto solus succedit pater, neque Sempronius cum patre concurrit; quia Titio ex uno tantum parente conjunctus est. Idem dicendum, si mater ex prioribus nuptiis Sejum habuerit, Maevium ex posterioribus, defuncti Seji successio, si juri Romano inhaereamus, integra ad matrem defertur, Maevio excluso.

§. 420.

Quod ad patrem, et paternos ascendentes pertinet, Romanis legibus omnino consentit jus Regium, quo nunc utimur (1); non vero quoad matrem, atque ascendentes maternos; cautum quippe, ut tum mater, tum materni ascendentes excludantur ab intestata successione filiorum, aut descendentium, si adsint defuncti fratres utrinque conjuncti, vel tantum consanguinei; aut ab his descendentes ex linea masculina: salvo tamen matri legitimae consequendae jure (2).

(1) *Reg. Constitut. an.* 1770.
(2) *D. Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 7. §. 5.

§. 421.

Licet ergo defuncti sorores una cum ascendentibus admittantur, si soli ascendentes sint; quia tamen ab omni, et quacumque consanguineorum intestata successione excluduntur, si adsint fratres utrinque, aut saltem ex uno latere conjuncti, vel masculi ab his per lineam masculinam descendentes (1), dubitari potest, ad quem pervenire debeat portio foeminae ablata, utrum videlicet integra ad fratrem, an partim quoque

fingimus, Titium ex priore patris conjugio procreatum, Cajum, et Semproniam ex posteriore: adeoque Sempronia ex uno, seu patris tantum latere Titio conjuncta est, Cajo autem ex utroque. Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 428.

Hisce praemissis, si decedat Titius, superstite patre, Cajo, et Sempronia, pater integram consequitur Titii haereditatem; quia Romanae leges non admittunt fratres consanguineos ad successionem una cum parentibus, sed tantum fratres, et sorores ex utroque parente conjunctos (1): lex autem Regia nullum praeter jus Romanum indulsit filiis privilegium in fraterna successione odio patris, sed tantum matris (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 5.

§. 429.

Sed melior est superstitis fratris consanguinei conditio, si fingamus, decessisse Cajum fratrem utrinque conjunctum, superstite matre, Sempronia sorore pariter germana, atque Titio fratre consanguineo: Titius quidem, si ad Romanorum scita respiciamus, a successione excluditur, sola admissa matre, et sorore germana (1): attamen ex persona sororis, cui lex Regia fratrem etiam dumtaxat consanguineum subrogavit (2), admittitur ad illius partem, tum ex ejusdem legis sanctione loco matris succedit, cum onere tamen legitimae matri dandae (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus, et cap.* 3. *in princip.*

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 5.

§. 430.

Quod si mater a successione non excluderetur favore fratris consanguinei, prout olim (1), tunc mater virilem haereditatis portionem cum fratre consequeretur, haereditate in duas aequales partes divisa, altera fratri data; quia frater jure proprio non succedit fratri consanguineo, si adsit soror utrinque conjuncta (2), nec Regia lex jussit concursum fratrum consanguineorum cum germanis in successione fratris, sed tantum adjudicavit portionem, seu successionem sororis germanae fratri consanguineo, agnationis favore (3): atque hinc patet, idem jus statuendum esse, si pater superstes sit: nempe frater, licet tantum consanguineus, sororis germanae portionem habet, altera patri acquiritur; quia lex Regia patrem a successione favore filii, defuncti fratris non excludit, sed tantum matrem (4).

(1) *Reg. Constitut. an.* 1729. *altum de matris exclusione silentium.*

(2) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *in princip.*

(3) *Reg. Constitut. d.* §. 1.

(4) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 5.

§ 431.

Caeterum, prout ex dictis constat, jure, quo utimur, nihil quoad fratres ex latere tantum matris conjunctos, quos uterinos vocant, immutatum est: adeoque soror una cum illis ad successionem admittitur, nec matri obesse possunt, quominus descendentium bona consequatur. Cur vero consultum sit fratri non tantum germano, sed etiam consanguineo, tum in sororis (1), tum in matris (2) dispendium, non autem uterino, non ambigua est discriminis ratio, quam et legislator apertis verbis significat, cum ait, ita caveri ad conservationem familiarum, et favore agnationis (3): porro ratio haec conservandae familiae, et agnationis favet quidem fratribus germanis, et consanguineis, non vero uterinis, qui ex alia familia sunt.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 5.

(3) *Reg. Constitut. d.* §. 1. *in princip.*

Inst. l. 3. tit. 3. ff l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 432.

Fingamus, ut proposito exemplo res haec facilius percipiatur, mulierem bis nupsisse: ex primo conjugio Titium procreavit, Cajum, et Semproniam ex secundo: si Cajus moriatur, tum mater, tum Sempronia ad illius successionem admittuntur, atque Titius ab utraque excluditur; ut enim saepe diximus, jus Romanum fratres cum ascendentibus in successione fratris non admittit, nisi fratres sint ex utroque latere conjuncti (1): quod si soli supersint fratres, prima caussa est germanorum, nec consanguineis, aut uterinis locus fit, nisi germani deficiant (2): ab hoc autem jure quoad fratres utique consanguineos, qui cum sorore (3), vel matre (4) concurrant, recessum apud nos est, non quoad uterinos (§. praeced.)

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *in princip.*

(3) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 7.

§. 433.

Sed de his satis; caetera prosequamur. Initio diximus, fratres germanos, seu utrinque conjunctos una cum ascendentibus admitti ad defuncti fratris intestati successionem (§. 415.). Justinianus solos fratres germanos commemorat (1): hinc dubitari potest, an fratrum germanorum filii eodem beneficio gaudeant, jure videlicet repraesentationis, nec ne, atque distinguendum videtur, an praeter fratrum germanorum filios adhuc superstites sint fratres germani, an soli sint nepotes, qui cum avo, et avia ad defuncti thii successionem concurrant.

(1) *In d. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

§. 434.

Germanorum fratrum filios a patrui successione una cum thiis superstitibus, et ascendentibus in primis exclusit Justinianus (1): deinceps tamen, rebus maturius pensatis, aequius ipsi visum est eos ad successionem admittere: quare priorem legem *corrigentes*, verba sunt Justiniani, *sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres, qui possint cum parentibus vocari, et alterius praemortui fratris filios, cum ascendentibus, et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii* (2): pertinent haec ad jus successionis.

(1) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3., *post med. vers. Si autem cum fratribus.*

(2) *Novell.* 127. *cap.* 1.

§. 435.

Prosequitur Justinianus, et modum praescribit, quo in patrui successione concurrant praemortuorum fratrum filii cum thiis superstitibus, et ascendentibus, atque vult, ut tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset (1): cum enim jure repraesentationis veniant, non in capita, sed in stirpes succedere debent; et partem habere, quae ad eum spectasset, cujus jure utuntur, et cujus personam, seu potius gradum repraesentant (2).

(1) *D. Novell.* 127. *cap.* 1. *in med.*

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1. *in med.*

§. 436.

Ergo filii fratrum succedunt cum parentibus, et thiis, utique si defunctus ipsorum pater ex utroque parente junctus fuerit alteri defuncto, de cujus successione tractatur (1); nec enim aequum est, ut succedant filii fratrum etiam in iis casibus, in quibus fratres non succederent; adeoque filii fratris tantum consanguinei non admittuntur,

quia nec ipsis fratribus, si viverent, successio competeret, nec cum ascendentibus (2), nec cum fratribus (3). Postremo generatim praecipit Justinianus, ut fratrum filii cum fratribus, et ascendentibus succedant eodem ordine, quo succederent, si soli fratres, nulli vero ascendentes defuncti superessent (4).

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *Hoc itaque juste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres, qui possint cum parentibus vocari, et alterius praemortui fratris filios: cum ascendentibus, et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris, quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto. D. Novel.* 127. *cap.* 1.

(2) *Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

(3) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *in princip.*

(4) *D. Novell.* 127. *cap.* 1. *in fin.*

§. 437.

De hac re omnes consentiunt, atque fatentur, filios fratrum una cum ascendentibus admitti ad successionem defuncti thii, si alii quoque thii superstites sint. Sed si fratrum filii concurrant cum solis ascendentibus, quidam eos admittunt, alii repellunt: atque posterior sententia legibus a Justiniano latis magis consentanea videtur; etenim jus repraesentationis in illis tantum casibus obtinet, in quibus expressa legum sanctione inductum fuit; porro Justinianus hoc quidem admisit, priorem legem (1) corrigens favore filiorum ex patre, in patrui successione, quando praeter ascendentes patrui quoque superstites sunt (2); altum vero silentium de filiis fratrum cum solis ascendentibus concurrentibus: ergo ex veterum legum dispositione species haec definiri debet (3).

(1) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *in med., versic. Sed et ipsis fratrum.*

(2) *D. Novel.* 127. *cap.* 1.

(3) *L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 538.

Praeterea Justinianus eundem ordinem, seu modum in hoc successionis genere servari vult, qui viget in fratrum filiis, cum nulli supersunt ascendentes (1): porro in secundo casu, prout infra demonstrabimus, et lege municipali firmatum est (2), si filii fratrum soli sint, jure repraesentationis non utuntur, sed in capita succedunt: ergo nec jus repraesentationis illis permitti debet, quando soli concurrunt cum ascendentibus.

(1) *D. Novel.* 127. *cap.* 1., *in fin.*

(2) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 6. §. 1.

§. 439.

Neque dicatur, eodem favore dignos esse fratrum filios, sive praeter ascendentes defuncti superstites quoque sint illius fratres, sive non supersint; aequitatis quaedam species favet filiis fratrum in primo casu, utpotequi jure repraesentationis concurrant cum patruis (1), patrui vero cum ascendentibus (2): atque ideo per patruos superstites quodammodo junguntur cum ascendentibus: quod conjunctionis vinculum deest in postremo casu: quod si haec discriminis ratio non omnino arrideat, superest alia, quae ex legum vi desumitur (§. 437.)

(1) *Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

§. 440.

Ex Justiniani novissima constitutione, quam supra retulimus (§. 415.), fratres ex utroque parente conjuncti ad successionem defuncti fratris vocantur *cum proximis*

Inst. l. 3 tit. 3. ff. l 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

gradu ascendentibus (1): atque hinc duplex nascitur quaestio. Prima, utrum ascendentes remotiores puta avus, et avia excludantur a fratribus defuncti. Altera, an saltem ascendentes remoti, seu avus, et avia (non enim facile quaestio esse potest de proavo, et proavia) excludant patruum, vel avunculum in successione nepotis.

(1) *D. Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

§. 441.

Quod ad primam quaestionem pertinet, licet alii aliter existiment; probabilior, utpote legum verbis, nec non aequitati magis consentanea, est sententia pro fratribus, seu eorum, qui putant, ascendentes ultra patrem, et matrem a fratribus germanis excludi. In primis, si ad legum verba respiciamus, Justinianus ait, fratres, et sorores *cum proximis gradu ascendentibus vocari* (1): proximi autem gradu ascendentes sunt pater, et mater, non avus, aut avia.

(1) *D. Novel.* 118. *cap.* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

§. 442.

Neque dicatur, proximos dici posse eos, quos nemo intermedius excludit, quemadmodum proximus in jure appellatur, quem nemo antecedit (1); etenim interpretationem hanc respuunt expressa verba, quibus utitur Justinianus fratres vocans cum *proximis gradu ascendentibus* (2); cum enim certum apud omnes sit, in linea ascendentium jus repraesentationis non vigere (3), frustra adjecisset Imperator relata verba, si, proximis parentibus deficientibus, remotiores una cum defuncti fratribus successionis participes essent.

(1) *L. Post consanguineos* 2. §. *Haec haereditas* 2. *ff. de suis, et legitim. haeredib.* (38. 16.), *l. Proximus est* 92. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(2) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 2. *in princip.*

§. 443.

Praeterquamquod mentem suam deinceps apertius significat Justinianus, subjiciens *si et pater, aut mater fuerint* (1): ex quo remotiores ascendentes satis aperte excludit atque ideo, subjicit quidem, patri non competere usumfructum in portione haereditatis, quae ad fratrem pervenit (2); sed de avo penitus silet; cum tamen avo aeque competat ususfructus, nisi speciatim prohibeatur, bonorum adventitiorum nepotis (3).

(1) *Novell.* 118. *cap.* 2., *et d. versic.; alii pro* et *pater legunt* autem, *alii* aut; *sed obscurior est legis sensus, si legatur* autem: *nihil interesse videtur, an particula conjunctiva, an disjunctiva ponatur; quamquam Gothofredus conjunctiva particula utitur.*

(2) *D. Novel.* 118. *cap.* 2. *prop. fin.*

(3) *L. Cum oportet* 6. *cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

§. 444.

Praeterea, si avus, et avia admitterentur cum defuncti fratribus germanis ad successionem, inde fieret, ut portio fratrum nimis minueretur; cavit enim Justinianus, ut inter ascendentes, et fratres haereditas dividatur secundum personarum numerum, uti et ascendentium, et fratrum singuli aequalem habeant portionem (1): cum autem utriusque sexus tum paterni, tum materni generis ascendentes successionis hujus ex Justiniano participes sint (2), si ponamus, duos esse ascendentes paternos, duos maternos, quatuor hi partes haberent; octo vero, si praeter avum, et aviam ex utraque linea proavus, et proavia superessent: quod alienum est tum a Justiniani consilio, tum a juris, nec non aequitatis regulis: cum ita remotior consanguineus magis noceret, quam proximior.

(1) *D. Novel.* 118. *cap.* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

(2) *D. Novel.* 118. *cap.* 2. *in fin.*

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 17. Cod. l. 6. tit. 56.

§. 445.

Haec ex juris ratione disputavimus; aliter tamen, si Fabro credimus, pronunciavit Sabaudus Senatus (1): nimirum tradit Faber, cum fratribus utrinque conjunctis succedere non modo patrem, sed etiam avum, si modo avus sit in primo ascendentium gradu, seu non antevertatur a patre superstite, qui possit, et velit succedere. Semel autem ac pater filii successionem probavit, licet per transitum ad secunda vota, superstitibus aliis fratribus utrinque conjunctis, bonorum ex ea successione acquisitorum proprietatem amittat, fatetur tamen idem Faber, avum non amplius admitti (2); tum quia persona semel exclusa perpetuo manet exclusa; tum quia proprietas binubo patri ablata liberis primi matrimonii addicitur (3).

(1) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 11. *allegat.* 1., *ubi tamen, more suo, plurès coacervatim refert contentionum articulos, de quibus vix credi potest simul disputatum, multoque minus definitum.*

(2) *Fab. d. allegat.* 1. *in med.*

(3) *L. Foeminae* 3. §. 1. *cod. de secund. nuptiis* (5, 9.), *Fab. d. allegat.* 1. *in fin.*

§. 446.

In altera quaestione (§. 440.), utrum remotiores ascendentes, veluti avus, et avia defuncti patruum excludant, pro ascendentibus sive paternis, sive maternis respondendum est; ita ut avus etiam maternus patruo praeferatur in illis bonis, quae nepos a patre habuit (1); quia avus, utpote in secundo gradu constitutus, proximior est patruo, qui tertium gradum habet (2): adeoque avus patruo praeferri debet (3): quod autem dicimus de avo, idem dicendum de avia, sive cum patruo, sive cum avunculo concurrat (4).

(1) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *d. definit.* 11., *Thesaur. decis.* 5. *num.* 4. ✠

(2) *L. Jureconsultus* 10. §. *Secundo* 13., *et seq. ff. de gradib., et affinib.* (38. 10.)

(3) *L. Avunculo* 6. *cod. commun. de successionib.* (6. 59.)

(4) *D. l.* 10. §. 12., *et* 13. *ff. de gradib., etc., et d. l.* 6. *cod. commun. de success.*

§. 447.

Quod si objiciatur aequitatis ratio, quae suadere videtur, ut potior sit caussa patrui, cum sit de familia, et agnatione, quam avi, vel aviae maternae, respondemus, in successionibus intestatis Romano jure magis inspici proximitatem sanguinis (1): atque apud nos, uti jam monuimus, agnationis favore tantum placuit, maternos ascendentes a successione repellere, si adsint defuncti fratres, saltem consanguinei, vel ab his masculi descendentes (2).

(1) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2.

(2) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 7. §. 5.

§. 448.

Vix revocandum, quod modo innuimus (§. 445.), et alibi fuse expendimus (1), parentes, qui ad secunda vota transeunt, non succedere ab intestato liberis in proprietate, sed tantum in usufructu bonorum (2): quippe proprietatem liberis prioris matrimonii servare tenentur.

(1) *V. Tom. I. pag.* 333. §. 1061., *et seqq.*

(2) *L. Foeminae* 3. §. 1. *L. Generaliter* 5. §. 1., *et Auth. Ex testamento post d. l.* 3. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.)

§. 449.

Duo supersunt cum Thesauro (1) juniore investiganda: 1. An frater utrinque conjunctus admitti debeat ad successionem sororis in dote ab ipsomet patre profecta. 2. Utrum pater transiens ad secunda vota excludatur a proprietate, ita ut portionem hujusce dotis, in qua successit, reservare teneatur filio prioris matrimonii.

(1) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 3. *quaest.* 58.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

§. 450.

Cum dos a patre profecta, si mulier liberos post se superstites non relinquat, ad patrem revertatur (1), nisi aliud conventum sit, fingenda est species de casu, quo maritus dotem recipiens promiserit, dotem se restituturum mulieri, ejusve haeredibus: quo casu, cum dos proprium mulieris patrimonium effecta sit, ea defuncta, non nisi jure successionis sive in patrem, sive in alios consanguineos transferri potest (2).

(1) *L. Dos a patre 4. cod. soluto matrimon.* (5. 18.)

(2) *Thesaur. d. lib. 3. quaest. 58. num. 2.*

§. 451.

Quamquam patri favere videtur regula, ex qua paterna bona paternis, materna maternis ascendentibus danda esse quibusdam placet, ut supra diximus (1): quia tamen regula haec jus singulare continet, Senatus non putavit, eam protrahi posse ad casum quo pater, et fratres vocentur ad filii, et fratris successionem (2): maxime quia facile contingeret, ut fratres ab omni successionis emolumento excluderentur: neque ulla lex est, quae fraterna bona fraternis consanguineis dari jubeat: adeoque nec vigere debet regula, ut paterna paternis dentur.

(1) *V. supra* §. 405. *ad* 407.

(2) *Thesaur. d. lib.* 3. *quaest.* 58. *num.* 5. ✠

§. 452.

In alia quaestione existimat Thesaurus, patrem tum in proprietate, tum in usufructu portionis ad se spectanctis succedere; neque filio prioris matrimonii ullum jus proprietatis in hac portione competere (1): motus aequitatis ratione, quae non sinat, ut legum sanctio (2) protrahatur ad bona, quae pater ipse contulerat in filium, cujus luctuosam haereditatem deinceps consequitur. Aequitas sane patri favet; sed dubitari potest, utrum liceat aequitatem contra jus aperte scriptum sequi (3): maxime quia vix inspicitur bonorum origo, postquam alteri pleno dominii jure quaesita sunt (4).

(1) *Thesaur. d. lib.* 3. *quaestion.* 58. *num.* 10.

(2) *L. Foeminae* 3. §. 1. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.)

(3) *L. Prospexit* 12. §. 1. *ff. qui, et a quibus manumis. liber. non fiunt.* (40. 9.)

(4) *L. Sed si plures* 10. §. *Filio impuberi* 2. *ff. de vulgar., et pupillar. substitut.* (28. 6.)

Sectio III.

De successione fratrum, et sororum.

Instit. lib. 3. tit. 2. *De agnator. succession.*
Digest. lib. 38. tit. 16. *De suis, et legitim. haeredib.*
Cod. lib. 6. tit. 58. *De legitim. haeredibus.*

SUMMARIA.

Fratres utroque parente conjuncti, seu germani praeferuntur in fratris legitima successione consanguineis. §. 453.

Fratribus germanis deficientibus, promiscue vocantur consanguinei, et uterini ad defuncti fratris intestati successionem. §. 454.

Fratrum filii ad defuncti thii successionem vocantur eodem ordine, quo fratres ipsi superstites. §. 455.

Jus repraesentationis in linea transversa prodest fratrum filiis. §. 456.

Fratrum filii, si cum thiis concurrant in haereditate thii, non in capita, sed in stirpes succedunt. §. 457.

Fratrum consanguineorum filii excluduntur a fratribus germanis defuncti: excludunt vero consanguineos, vel uterinos, si ipsorum parens ex utroque latere junctus defuncto fuisset. §. 458.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

Quid si fratres superstites defuncto fratri ex uno tantum parente conjuncti sint? §. 459.

Fratrum filii non concurrunt cum thiis, si etiam superstites sint defuncti ascendentes. §. 460.

Fratrum filii praeferuntur in successione intestata thiis, seu patruo, aut avunculo defuncti. §. 461.

Jus repraesentationis in linea transversa non extenditur ultra filios fratrum. §. 462.

Sorores apud nos excluduntur a fraterna successione, si adsint fratres germani, aut consanguinei, vel ab his descendentes masculi per masculos, per quos familia conservetur. §. 463.

Fratres uterini non praeferuntur sororibus in successione intestata defuncti fratris. §. 464.

Soror ab intestata successione exclusa per fratrem germanum, hoc mortuo absque descendentibus, ad portionem ablatam revertitur odio fratris consanguinei. §. 465.

Fratres germani aeque ac consanguinei succedunt odio sororis in bonis paternis. §. 466.

Si tres sint fratres, quorum primus consanguineus, una soror germana secundo, et tertio, decendentis fratris consanguinei haereditas ex aequo dividitur inter secundum, et tertium. §. 467.

Si decedat secundus frater sorori germanus, interest, an hic bona a patre consecutus sit, an a matre. §. 468., *et* 469.

Soror successionem sibi ablatam favore fratris germani, sine liberis, et fratribus germanis defuncti, recuperat, quamvis pater superstes sit. §. 470., *et* 471.

Proponuntur distinctiones adhibendae, cum quaestio est de successione fratrum illegitimorum. §. 472.

Fratres geniti ex complexu a legibus civilibus damnato fratri ab intestato non succedunt. §. 473.

Fratres naturales inter se succedunt, si ex utroque parente conjuncti sint, atque excludunt agnatos, nec non cognatos remotiores. §. 474.

Fratres naturales non succedunt legitimis, licet utrumque parentem communem habeant. §. 475.

An fratres legitimi fratris naturalis defuncti ab intestato successionem consequantur? §. 476.

An fratres eodem patre, diversa matre per illicitam conjunctionem progeniti, sibi invicem succedant. §. 477., *et* 478.

Fratres naturales eodem dumtaxat patre conjuncti successionis intestatae beneficio invicem non gaudent. §. 479.

Fratres naturales, nec non vulgo quaesiti, si ex eadem matre nati sint, mutuae successionis jure utuntur. §. 480.

Fratres per subsequens matrimonium, vel principis rescripto legitimati invicem succedunt, perinde ac legitimi. §. 481.

Quid de fratribus adoptivis tum vetere, tum novo jure? §. 482.

Fraternitas mutuo consensu inter extraneos contracta jus intestatae successionis non tribuit. §. 483.

Quo sensu scripserit Paulus, posse sub appellatione fratris institui eum, qui frater non est, si fraterna charitate diligatur? §. 484.

Quid si adsit in regione contraria consuetudo, vel conventio haec inter milites inita fuerit? §. 485.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 58.

Fratres consanguinei olim cum germanis admittebantur ad legitimam defuncti fratris successionem, uterinis exclusis. §. 486.

Frater uterinus praefertur consobrino defuncti, licet mater rursus nupserit, non petito tutore, nec redditis rationibus. §. 487.

Fratres consanguinei, et uterini simul ab intestato succedunt defuncto fratri: nulla facta distinctione, an bona a patre, an a matre ad defunctum fratrem pervenerint. §. 488.

Fratrum consanguineorum, vel uterinorum filii jure repraesentationis succedunt cum thiis consanguineis, vel uterinis. §. 489., et 490.

Quo sensu accipienda sint verba Justiniani ajentis, filios fratrum vocari ad successionem cum de patre, et matre thiis. §. 491.

Fratrum filii, cum soli sunt, succedunt in capita, non in stirpes. §. 492.

Jure vetere fratrum filios, si soli existerent, in capita successisse, fatentur omnes. §. 493., et 494.

Abrogatio juris veteris admitti non debet, nisi satis de ea constet. §. 495, et 496.

Jus repraesentationis fratrum filiis prodest, ut praeferantur thiis: inutile vero est, cum soli succedunt. §. 497.

Cur fratrum filii, quamvis soli sint, praeferantur patruis germanis defuncti? §. 498.

Propter jus repraesentationis positi finguntur in secundo gradu. §. 499. et 500.

Si dubitetur, utrum superstites sint aliqui fratres defuncti, an soli supersint fratrum filii, mortem probare tenetur, qui asserit. §. 501.

Cautionis ope potest judex singulorum utilitati prospicere, cum jus uniuscujusque incertum est. §. 502.

Haereditatis divisio per capita fit in successione testamentaria; si testator instituerit haeredes filios filiarum suarum. §. 503.

Beneficium duplicis vinculi in consanguinitate, quo fit, ut unus alteri praeferatur, ultra fratrum filios non extenditur. §. 504.

Fratris nepos jure quodam repraesentationis succedere potest in locum amitae statuto exclusae. §. 505.

Si decedat primus frater, superstite filio, et duabus filiabus, tum secundus, relicta filia, atque nepote ex filio, postremo tertius intestatus sine liberis, Romano jure nepos nullam successionis partem habet. §. 506., et 507.

Sed nepos hic, jure municipali inspecto, quartam successionis partem consequitur, jure amitae suae a successione exclusae. §. 508.

Descendentes ex fratribus, etiamsi constituti sint ultra gradum repraesentationis, attamen foeminas apud nos excludunt. §. 509.

Nepotes ex fratre prae patruo secundum jus civile succedunt. §. 510.

§. 453.

Tertius ab intestato succedentium ordo est fratrum, et sororum: qui tamen non omnes promiscue vocantur, sed duplici vinculo conjuncti praeferuntur illis, qui ex uno tantum latere, seu ex uno parente juncti sunt defuncto. *Si igitur*, verba sunt Justiniani, *defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad haereditatem vocamus fratres, et sorores ex eodem patre, et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad haereditatem vocavimus* (1). Ergo post descendentes, quorum prima caussa in successione est, atque ascendentes, qui secundum locum tenent, ad intestatam successionem vocantur fratres, et sorores, ex eodem patre, eademque matre geniti, quos plerique *germanos* appellant.

(1) *Novel.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *in princip.*

§. 454.

Si vero frater, vel sorores utrinque conjunctos defunctus superstites non reliquerit, *in secundo ordine*, ait Justinianus, *illos fratres ad haereditatem vocamus, qui ex*

uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem (1). Nulla sexus distinctio fit, sed sororibus aeque ac fratribus jus intestatae successionis tribuitur: utique vero majoris, vel minoris conjunctionis; ita ut germani fratres praeferantur tum *consanguineis*, qui per patrem, tum *uterinis*, qui per matrem defuncto junguntur: germanis vero fratribus, aut sororibus deficientibus, aeque admittantur fratres ex uno latere conjuncti, sive consanguinei, sive uterini, nulla facta distinctione, an per patrem, an per matrem cognati sint.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3., *fer. in princip.*

§. 455.

Haec ita, si soli fratres, aut sorores superstites inveniantur: si vero ex praedefunctis fratribus supersint filii, certum est, fratrum filios ad successionem admitti eodem servato ordine, qui pro fratribus praescriptus est (1): sed quoad succedendi modum, seu divisionem haereditatis, interest, utrum fratrum filii concurrant cum defuncti fratribus, an soli supersint fratres defuncti, prout ex dicendis elucescet.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fere in princip. versic. Si autem defuncto.*

§. 456.

Justinianus, postquam fratres, et defuncti sorores ad successionem intestatam vocavit, statim subjicit: *si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris, vel sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad haereditatem isti, cum de patre, et matre* (1) *thiis* (2), *masculis, et foeminis* (3): ex quo patet, jus repraesentationis ab Imperatore inductum fuisse etiam in linea transversa, ita ut fratrum filii jure parentum suorum defuncti fratrum ad successionem veniant.

(1) *Idest cum thiis conjunctis tum ex latere patris, cum ex latere matris.*

(2) *Thius vox Graeca est, quae promiscue significat patruum, vel avunculum, seu fratrem patris, aut matris:* §. *Tertio gradu* 3. *institut. de gradib. cognation.* (3. 6.): *quamquam speciali nomine patris frater* patruus *appellatur, avunculus vero frater matris d.* §. 3.

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *versic. Si autem cum defuncto.*

§. 457.

Cum ergo fratrum filii una cum thiis succedant jure repraesentationis, seu repraesentantes gradum patris, aut matris praedefunctae, consequens est, eos non in capita, sed in stirpes succedere; atque ideo *quanticumque fuerint, tantam ex haereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset* (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

§. 458.

Supra diximus (§. 455.), fratrum filios eodem ordine vocari, quo fratres: proinde, cum fratres germani, seu ex utroque parente conjuncti defuncto, praeferantur consanguineis (§. 453.); nec isti admittantur, nisi illi deficiant, ita et in filiis fratrum servatur: quinimmo filii praemortui fratris utrinque conjuncti praeferuntur thiis superstitibus, qui tantum ex uno latere patris, aut matris jungantur defuncto, de cujus successione disceptatur, quia et pater, cujus gradum repraesentant, si viveret, eos exclusisset (1): atque ex diverso, presequitur Justinianus, si superstes frater defuncto utrinque conjunctus sit, praemortuus autem relictis filiis per unum tantummodo parentem defuncto junctus fuisset, fratrum filii a thio, seu patruo, aut avunculo excluduntur, prout et ipsorum pater exclusus fuisset (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *fer in med. vers. Unde consequens est.*

(2) *D. cap.* 3. *vers. Et ex diverso.*

§. 459.

Ergo, ut paucis haec contrahamus, fratrum filii cum thiis non admittuntur, nisi ex utroque parente praemortuus frater, a quo descendunt, defuncto jungeretur, si

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58. thii superstites germani fratres sunt; sufficit autem conjunctio, ex uno latere, sive patris, sive matris si concurrant cum fratribus consanguineis, vel uterinis, atque praeferuntur thiis tantummodo consanguineis, vel uterinis, si pater ipsorum praemortuus defuncto postea fratri germanus esset.

§. 460.

Neque in omnibus casibus placuit Justiniano, fratrum filios thiis in successione exaequare; sed in eo tantum, quo soli extent thii; seu defuncti fratres: quod si cum fratribus etiam inveniantur ascendentes, quibus successionem una cum defuncti fratribus utrinque conjunctis prius concessit (1), jus repraesentationis desinit, nec admittuntur fratrum filii, etiamsi ex utroque parente eorum pater, aut mater defuncto jungeretur (2): atque ita ex ascendentium concursu, neve eorum portio nimium imminuatur, melior fit conditio fratrum, deterior vero filiorum ex praemortuis fratribus.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2., *in med. versic. Si vero cum ascendentibus.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *prop. fin. versic. Si autem cum fratribus.*

§. 461.

Ex his, seu quia fratrum filii jure repraesentationis partem habent haereditatis una cum thiis suis defuncti fratribus, infert Justinianus, fratrum filios in successione intestata praeferri thiis, seu patruo, aut avunculo defuncti (1): et merito; licet enim fratrum filii, non secus ac patruus, vel avunculus defuncti omnes sint in tertio cognationis gradu positi; attamen fratrum filii, per jus repraesentationis iisdem indultum, finguntur esse in secundo gradu, in quo essent, si viverent, parentes eorum, in quorum locum succedunt (2): thiis autem defuncti non favet, nec favere potest jus repraesentationis, ut per se patet.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3., *prop. fin. vers. Quandoquidem igitur.*

(2) *D. cap.* 3., *et d. versic.*

§. 462.

Postremo Justinianus, ne quis forte putaret, repraesentationis jus nullis limitibus in collateralium linea circumscriptum esse, prout obtinet in linea descendentium (1), expressis verbis declarat, ultra fratrum filios hoc jus non extendi. *Hujusmodi vero privilegium*, ait Imperator, *in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum, et foeminarum filiis, aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant* (2): et quasi haec non sufficerent ad excludendos posteriores descendentes, subjicit, *nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc jus largimur.*

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 1., *prop. fin. versic. In hoc enim ordine gradum*, §. *Cum filius* 6. *instit. de haereditatib., quae ab intestat. defer.* (3. 1.) *V. supra* §. 366.

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque.* 3. *in med., vers. Hujusmodi vero.*

(3) *D. cap.* 3., *et d. versic. in fin.*

§. 463.

Hisce, quae jure Romano de fratrum successione statuta sunt, non omnino consentit municipalis lex, sed nec omnino dissentit. In primis, licet jure Romano promiscue successio detur fratribus, ac sororibus (1); apud nos placuit, ad agnationis conservationem, sorores tum a fratris, tum a sororis successione intestata excludere, sola eis concessa dote congrua (2) favore fratrum germanorum, vel dumtaxat consanguineorum, eorumque descendentium masculorum ex linea masculina, qui in ea conditione sint, ut familiam conservare, et propagare possint (3).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1., *et* 2.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 1. *in fin.*

§. 464.

Igitur Regio jure fratres tum germani, tum consanguinei praeferuntur sororibus, etiam utrinque conjunctis (§. praeced.): sed idem favor non competit fratribus uterinis, de quibus silet municipalis sanctio (1): et merito, neque enim in fratribus uterinis adest ratio conservandae familiae, vel agnationis: adeoque, cessante legis ratione, ipsa quoque lex cessare debet (2).

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 56.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(2) *L. Quod dictum* 32. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patronat.* (37. 14.)

§. 465.

Cum autem aequum visum fuerit, ne a Romanis legibus nimium recedatur, cavere, ut in maternis successionibus frater utrinque conjunctus consequatur portionem, quae ad sororem exclusam spectaret, prae fratre tantum consanguineo (1), consequenter placuit, mortuo fratre, qui matri successerat in dote, aliisve bonis, exclusa sorore utrinque conjuncta, mortuo, inquam, ejusmodi fratre absque descendentibus, et superstitibus tantum post se relictis fratribus consanguineis, sorori, ejusque descendentibus tribuere jus succedendi in ea parte maternae haereditatis, a qua per defunctum fratrem exclusa fuerat (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 3.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 4.

§. 466.

De matris successionibus concepta est lex municipalis (§. praeced.): proinde aliud in paternis obtinet; videlicet in his perinde succedit frater consanguineus, ac germanus; seu portio sorori ablata ex aequo dividitur inter fratrem germanum, et consanguineum; cum utriusque favore soror a successione excludatur (1); quia in utroque conservatur agnatio.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *prop. fin.*

§. 467.

Exempla proponamus, ut haec melius percipiantur. Tres sunt fratres a Sejo progeniti, Titius, Cajus, Maevius, una soror Sempronia: Titius ex prioribus nuptiis, Cajus, Maevius, et Sempronia ex posterioribus: Titius proinde frater consanguineus est, reliqui inter se germani. Si decedat Titius consanguineus, Cajus, et Maevius ex aequo succedunt, sorore exclusa (1). Quod si deinceps Cajus moriatur, integra illius haereditas ad Maevium pertinet, exclusa sorore, licet germana; nec fit distinctio portionis, quam Cajus habuerat ex haereditate Titii; quia cum Titio omnes consanguinei erant, inter se vero germani.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *in fin.*

§. 468.

Si ex adverso fingamus, in primis decedere Cajum, interest, utrum Cajus bona a patre habuerit, an a matre. In primo casu portio sorori Semproniae ablata ex aequo dividitur inter Titium fratrem Caji consanguineum, et Maevium germanum (1); cum enim omnes ex eodem patre sint, nullo speciali favore dignus est Maevius in bonis paternis; atque Regia lex tantummodo loquitur de materna haereditate (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *in fin.*

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 3.

§. 469.

Quod si haereditas Caji constet ex bonis maternis, portio, a qua excluditur Sempronia, acquiritur Maevio utrinque conjuncto, seu ex eadem etiam matre nato (1); nec Titius frater consanguineus ullam in hisce bonis partem habet: quanquam, si nullus superesset frater germanus Semproniae, eandem a successione excluderet; quia,

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

ut toties diximus, frater consanguineus aeque nocet sorori, ne ad successionem admittatur (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 3.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 1. *in fin.*

§. 470.

Sed, mortuo sine liberis fratre, nec superstitibus fratribus germanis, qui maternae haereditatis partem conseeutus fuerat exclusa sorore (utique germana, nec enim fieri potest, ut frater consanguineus concurrat cum sorore in successione matris, cum unius mater alterius noverca sit; nec privigno ullum jus competit in successione novercae odio filiae), portio haec ad sororem, ejusque descendentes revertitur, nec fratres consanguinei ad successionem in hac parte admittuntur (1): pater vero, si adhuc superstes esset, admitti deberet cum sorore, seu filia, sed in caeteris bonis a filio derelictis; cum enim repellantur a portione sorori ablata fratres consanguinei, multo magis repelli debent paterni ascendentes, quibus in odium filiarum nullum singulare jus indultum fuit: nec aliundè conqueri potest pater; cum, praecisa lege municipali, portionem hanc defuncti soror ab initio quaesivisset (2).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 4.

(2) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus descendentes* 2. *versic. Si vero cum ascendentibus.*

§. 471.

Si ergo Maevius centum ex successione Caji proprio jure, centum jure sororis germanae exclusae perceperit, postea decedat absque liberis, posteriora centum sorori, vel ipsius haeredibus debentur, etiamsi supersit Titius frater consanguineus: in reliquis centum succedit Titius loco sororis exclusae, ejusque partem habet (1): quod si pater adhuc vivat, dimidia haec summa ei debetur jure Romano (2), cui Regia sanctio in hoc casu minime derogavit.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 2., *et d. vers. Si vero cum ascendentibus.*

§. 472.

Quae hactenus explicavimus, pertinent ad fratres naturales, et legitimos simul. Difficultas est de illegitimis, et adoptivis. Cum de illegitimorum fratrum successione disputatur, in primis distinguendi sunt fratres naturales, et spurii ab iis, qui ex damnato a legibus civilibus complexu progeniti sunt. 2. Inspiciendum est, an ex utroque parente conjuncti sint, an ex uno tantum: 3. Si ex uno tantummodo parente jungantur, interest, an ex patre, an potius ex matre: 4. Et postremo distingui debet, utrum quaestio sit de successione fratrum naturalium inter se, an fratres naturales legitimorum successionem appetant, an contra legitimi naturalibus fratribus succedere velint.

§. 473.

Fratres ex damnato a legibus civilibus complexu genitos a fraterna intestata successione cujuscumque generis excludi, communis est interpretum, atque pragmaticorum sententia (1); quia tamquam prodeuntes, ut ajunt, ex radice infecta, quod pertinet ad civilia jura, neque pro fratribus, vel agnatis, aut cognatis habentur (2). Qui autem complexus legibus civilibus damnetur, supra expendimus (§. 287., et seqq.)

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. ad senat. consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 19. *in fin.*, *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 3. *num.* 1. *in corp.*, *et definit.* 8. *in fin.*, *et cod. de naturalib. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *definit.* 2. *num.* 1. *in corp.*, *Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 22. *num.* 3., *in fin.*

(2) *Novell.* 89. *cap. ult.*, *Auth. Ex complexu, post l.* 6. *cod. de incest. nupt.* (5. 5.)

§. 474.

Quod si ex illicito quidem concubitu, non tamen punibili secundum leges civiles quis progenitus sit, puta ex concubina, vulgo placet, hos fratres, quos naturales vo-

camus, invicem succedere, si ex utroque parente conjuncti sint, atque praeferri agnatis, et cognatis remotioribus (1); quia, licet jure civili cognatio inter eos nulla esse videatur, attamen, natura inspecta, vere consanguinei sunt; atque ideo praetor olim eos invicem ad successionem vocavit (2). Inst. l. 3. tit. 2 ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

(1) *Fab. cod. de naturalib. liber. d. lib.* 5. *tit.* 16. *d. definit.* 2. *in princip.*, *et cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *d. defin.* 3. *in princip.*

(2) *L. Hac parte* 2., *l. Si spurius* 4. *ff. unde cognati* (38. 8.)

§. 475.

Naturales filios inter se succedere dicimus (§. praeced.); non enim succedunt legitimis, licet ab iisdem parentibus procreati fuerint; cum enim filii naturales nec succedant parentibus, si legitimi adsint liberi, atque sola in hoc casu alimenta percipiant (1); immo duas tantummodo uncias cum matre naturali dividendas consequantur, si soli sint, jure intestatae successionis (2); multo minus capaces videri possunt successionis in bonis fratris, ex legitimo matrimonio, atque ex iisdem parentibus procreati (3).

(1) *Novell.* 89. *cap. Discretis igitur* 12. §. *ult.*

(2) *D. Novell.* 89. *cap.* 12. §. *Si quis autem* 4. *V. supra.* §. 298., *et* 299.

(3) *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 2. *quaest.* 22. *num.* 6.

§. 476.

Cum autem contrariorum, seu correlativorum eadem plerumque sit ratio (1), idcirco, denegata naturali fratri successione fratris legitimi, nec concedendum videtur fratri legitimo jus intestatae successionis in boni fratris naturalis: attamen, cum quaestio ex facto incidisset, senatus fratrem legitimum, et naturalem una cum patre naturali admisit ad successionem fratris naturalis, licet natus esset ex alia matre (2): motus aequitatis ratione, quae favet fratri legitimo, utpote cui nihil imputari potest, cur a successione naturalis fratris excludendus sit.

(1) *L. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. inter emptor., et venditor.* (4. 54.), *l. ult. cod. de indict. viduitat. tollend.* (6. 40.)

(2) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 22. *num.* 6.

§. 477.

Dicta haec sunt de fratribus naturalibus, qui ab iisdem parentibus descendunt: quod si alterutrum tantummodo parentem communem habeant, interesse potest, an ex eodem patre, diversa matre; an contra eadem matre, diverso patre sint progeniti. Fratres ex eodem patre, sed alia matre nati, si strictum jus inspiciamus, sibi invicem non succedunt; cum enim nec paterna successio plerumque eis competat (1), multo minus fraternae successionis jure utuntur (2): immo nec agnati, nec cognati inter se judicantur (3).

(1) *D. Novell.* 89. *cap. Discretis igitur* 12. §. *Si quis autem* 4.

(2) *Argum. d. Novell.* 89. *cap. Filium vero* 4., *ubi filius per oblationem curiae legitimatus succedit quidem patri, non vero ascendentibus caeteris, aut collateralibus.*

(2) *Argum. d. Novell.* 89. *cap. Filium vero* 4., *Thesaur. quaest. forens. d. lib.* 1. *quaest.* 22. *num.* 3.

§. 478.

Quibusdam tamen placet, ex aequitate jus mutuae successionis inter se tribuere hisce fratribus naturalibus; quia, licet jure civili nec pro agnatis, nec pro cognatis habeantur, attamen, natura inspecta, vere consanguinei sunt, seu ejusdem sanguinis vinculo conjuncti (1); jura autem sanguinis, scite Pomponius, nullo jure civili dirimi possunt (2), quo fundamento ad successionem fratris naturalis, eodem tantum patre nati, tum pater, tum legitimus frater admissi fuerunt (§. 476.)

(1) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 22. *num.* 4., *et* 5.

(2) *L. Jura sanguinis* 8. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

§. 479.

Quod modo diximus, legitimum fratrem ad successionem fratris naturalis eodem patre, diversa matre, nati, admitti posse (§. praeced.), aequitate nititur, sed producendum non est extra suos limites, nec in pari casu pro fratre naturali in successione legitimi fratris recipiendum (§. 475.); quia naturales fratres eodem favore digni non sunt, ac legitimi: atque communis est interpretum sententia, Romano jure firmata (§. 477.), fratres eodem tantum patre conjunctos mutuae successionis beneficio non gaudere (1).

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 19., *Vinnius Commentar. institut. lib.* 3. *tit.* 5. §. 4. *num.* 2.

§. 480.

Favorabilior est in hac re conditio fratrum sive naturalium, sive spuriorum, idest vulgo quaesitorum ex eadem matre; cum enim hi ad successionem matris etiam cum legitime natis admittantur (1), eodem intestatae successionis jure inter se uti debent, tametsi eumdem patrem non habeant (2): atque hinc plerique sentiunt, naturales, et spurios fratres legitimis quoque fratribus eadem matre progenitis ab intestato succedere (3).

(1) *V. supra* §. 280.

(2) *D. l. Hac parte* 2., *l. Si spurius* 4. *ff. unde cognati* (38. 8.), §. *Vulgo quaesitos* 4. *instit. de succession. cognator.* (3. 5.)

(3) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *definit.* 7. *in princip.*, *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 22. *num.* 12.

§. 481.

Quod pertinet ad fratres naturales legitimatos, si legitimatio per subsequens matrimonium facta sit, apud omnes constat, jura mutuae successionis vigere inter hos fratres, quia considerantur tamquam si ab initio legitime nati fuissent (1): idem affirmandum de filiis legitimatis ex Principis rescripto, qui nihil differre dicuntur a legitime natis (2): qui tantum per oblationem curiae legitimi fiunt, soli patri succedunt, non caeteris consanguineis, sive ascendentes sint, sive fratres (3): atque exceptio haec firmat regulam pro legitimatis ex subsecutis nuptiis, vel Principis rescripto.

(1) §. *Sui autem* 2. *instit. de haereditatib. quae ab intestat. deferunt.* (3. 1.) *V. supra* §. 307.

(2) *Novell.* 89. *cap. Illud tamen* 9. §. 1. *in med. V. supra* §. 311.

(3) *D. Novell.* 89. *cap. Filium vero* 4.

§. 482.

Adoptivi fratres tum inter se, tum legitimis, et naturalibus ejusdem patris liberis, et vicissim jure quidem vetere ab intestato succedebant: quia per adoptionem agnati aeque fieri videbantur, ac per nativitatem (1). Quoad adrogatos nihil immutatum est, quoad adoptivos vero, novissimo jure servanda est distinctio, utrum ascendenti paterno vel materno in adoptionem dati fuerint, an extraneo (2).

(1) §. *Per adoptionem* 2. *institut. hoc tit.*, *l. Qui in adoptionem* 23. *ff. de adoptionib.* (1. 7.), *l. Post consanguineos* 2. §. *Parvi autem* 3. *ff. hoc titul.*

(2) §. *Sed ea omnia* 14. *institut. de haereditatib. quae ab intestat. deferunt* (3. 1.), *l. penult. cod. de adoptionib.* (8. 48.), *V. supra* §. 280., *et seqq.*

§. 483.

Ex his solvi potest quaestio, de quo olim apud Pedemontani Senatus partes disceptatum fuit. Titius, et Sempronius fraternitatem, ut ajunt, inter se contraxerant, idest convenerant, ut se invicem tractarent tamquam fratres, specie quadam adoptionis celebrata. Mortuo ex his uno sine liberis, nullo condito testamento, quaesitum fuit, an superstes jure legitimae successionis gauderet. Senatus negantium sententiam amplexus

est (1): et merito; etenim successio intestata non privatorum arbitrio, sed legum sanctione regitur (2): nulla porro lex est, quae hanc successionis speciem firmet; quinimmo leges aperte prohibent, ne quis extraneum in fratrem adoptet (3).

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58

(1) *Thesaur. decis.* 213. *num.* 6.

(2) *L.* 1. *ff. de haereditatis petition.* (5. 3.)

(3) *L. Nec apud* 7. *cod. de haeredib. instituend.* (6. 24.)

§. 484.

Neque aliam sententiam adstruit Paulus ajens, posse sub appellatione fratris institui eum, qui frater non est, si fraterna charitate diligatur (1); etenim Jureconsultus in eo totus est, ut demonstret, haeredis institutionem valere, si de haeredis persona constet, quocumque demum modo: atque ideo, postquam dixit, posse ita haeredem institui, *hic mihi haeres esto, si coram sit* (2), subjicit, ratam quoque esse institutionem, tametsi frater appelletur, qui frater non est, sed fraterna caritate diligitur, si illius quoque nomen adjectum fuerit (3).

(1) *L. Nemo dubitat* 58. §. 1. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.)

(2) *D. l.* 58. *in princip.*

(3) *D. l.* 58. §. 1.

§. 485.

Duplicem huic sententiae (§. 483.) exceptionem admittit Thesaurus. 1. Si in regione adsit consuetudo legitime inducta, et recepta, ex qua adsciti fratres ad successionem admittantur. 2. Si agatur de militibus (1). Prima exceptio extra difficultatem posita est: non item altera; etenim valet utique pactum futurae, et mutuae successionis, si inter milites initium sit (2), sed adhuc dubitari potest, utrum tacite convenisse de intestata successione videantur illi, de quibus disputamus (§. 482): quamquam non levis inde conjectura capitur: proinde conventionis verba sedulo pensanda sunt.

(1) *Thesaur. d. decis.* 113. *in fin.*

(2) *L. Licet inter* 19. *cod. de pactis* (2. 3.)

§. 486.

Supra diximus, deficientibus fratribus utrinque conjunctis, promiscue ad fratris defuncti intestatam successionem admitti fratres consanguineos, et uterinos (§. 454.): quippe Justiniano placuit, agnationis, et cognationis discrimine sublato, cognatos aeque, ac agnatos fratres ad successionem vocare (1); cum tamen olim agnati cognatis praeferrentur, ita ut consanguinei fratres, utpote per patrem conjuncti, adeoque agnati cum germanis admitterentur, atque uterinos excluderent (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *L.* 1. *cod. hoc tit.*, *Cajus institut. lib.* 2. *tit.* 8. §. *Si defuerint* 4.

§. 487.

Atque hinc patet, fratrem uterinum praeferri consobrino defuncti (1): nec ei obesse potest culpa matris, quae fortasse transierit ad secunda vota, neutiquam petito tutore nec redditis rationibus, atque ideo legitimam filii in pupillari aetate decedentis haereditatem amiserit (2); cum frater insons proprio, non matris, jure ad successionem defuncti veniat (3): adeoque culpam matris ferre non debeat (4).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque.* 3.

(2) *L. Omnem* 6. *cod. ad Senat. Consult. Tertyllian.* (6. 56.), *l. Sciant* 10. *cod. hoc tit.*

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 1.

(4) *L. Sancimus* 22. *cod. de poenis.* (9. 47.)

§. 488.

Cum autem Justinianus aeque vocet, deficientibus fratribus germanis, fratres per patrem, vel per matrem conjunctos (1), consequens est, haereditatem defuncti fratris

Inst. l. 3 tit. 2. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

ex aequo dividendam inter fratres consanguineos, et uterinos, nulla facta distinctione, utrum bona a patre, paternisve ascendentibus, an a matre, vel maternis bona perveniant ad defunctum; abrogata idcirco legum veterum sanctione (2): praeterquamquod Justinianus apertissimis verbis decernit, ne in successione ab intestato ulla supersit differentia inter aguatos, et cognatos (3): atque ideo supra diximus, ex pragmaticorum sententia, paterna paternis, materna maternis ascendentibus non dari, cum praeter ascendentes adsunt defuncti fratres*(4).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *L. De emancipatis* 13. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. Novell.* 118. *cap. Nullum vero* 4.

(4) *V. supra* §. 407., *et* §. 451.

§. 489.

Fratrum defunctorum filios una cum thiis ad successionem defuncti fratris admitti, supra diximus (§. 455.): atque omnes consentiunt, si quaestio sit de filiis fratrum germanorum: sed et idem affirmandum de filiis fratrum consanguineorum, vel uterinorum: etenim Justinianus de hoc repraesentationis jure agit, postquam successionis inter fratres ordinem praescripsit, videlicet, ut primo vocentur germani, tum his deficientibus, consanguinei, et uterini; atque generalibus verbis, nulla facta distinctione, fratrum filios cum thiis ad successionem vocat (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

§. 490.

Subjicit Justinianus, fratris praedefuncti liberos a fratre defuncti ex utroque parente conjuncti excludi, sicut eorum pater, si viveret, exclusus fuisset (1): sane, si filii fratrum ex uno tantum parente conjunctorum cum thiis ex uno tantum latere conjunctis nunquam admittuntur jure repraesentationis, inepta esset exceptio a Justiniano adjecta: quare praestat filios fratrum admittere extra casum ab Imperatore exceptum.

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *fer. in med. versic. Et ex divers.*

§. 491.

Neque contrarium erui potest ex verbis ejusdem Imperatoris, quibus tradit, filios fratrum vocari jure repraesentationis ad successionem, *cum de patre, et matre thiis masculis, et foeminis* (1); haec etenim verba per accommodam distributionem, ut ajunt philosophi, accipienda sunt, ut fratrum filii cum thiis ex patre, et matre conjunctis succedant, si ipsorum parens utrinque etiam conjunctus fuisset: vel cum thiis de *patre*, si consanguinei tantum sint, aut de *matre*, si uterini.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in med.*

§. 492.

Ergo filii fratrum una cum thiis suis ad successionem admittuntur, in stirpes utique, non in capita (1). Disputant interpretes, utrum idem successionis modus servari debeat, cum soli supersunt filii fratrum. Quidam existimant, etiam in hoc casu, haereditatis divisionem in stirpes fieri debere: alii vero contendunt, fratrum filios, si defunctus fratres superstites non reliquerit, in capita omnes succedere, ita ut singuli virilem partem consequantur, licet ex uno praemortuo fratre plures sint nepotes, quam ex altero. Posterior sententia, quae Pedemontani (2), necnon Sabaudi Senatus (3) placitis, demum lege municipali (4) firmata fuit, juris Romani scitis magis consentanea esse videtur.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *versic. Si autem defuncto.*

(2) *Thesaur. decis.* 162. *num.* 7. ✠

(3) *Fab. cod. de legitim. haeredib. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 1.

(4) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 6. §. 1.

§. 493.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

Jure quidem vetere, fatentur omnes, fratrum filios, si soli existerent, patruo suo non in stirpes, sed in capita successisse. *Haec haereditas*, idest legitima, ait Ulpianus, *proximo agnato, idest ei, quem nemo antecedit, defertur: et, si plures sint ejusdem gradus, omnibus, in capita scilicet; ut puta duos fratres habui, vel duos patruos: unus ex his unum filium, alius duos reliquit, haereditas mea in tres partes dividetur* (1). Clariora sunt haec verba, quam ut explanatione egeant.

(1) *L. Post consanguineos* 2. §. *Haec haereditas* 2. *ff. hoc tit.*

§. 494.

Praeterea alibi idem Ulpianus eandem sententiam apertissimis verbis tradit: *agnatorum haereditates*, ait Jureconsultus, *dividuntur in capita: veluti si sit fratris filius, et alterius fratris duo, pluresve liberi: quotquot sunt ab utraque parte personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant* (1). Ulpiano consentit Cajus, ex quo ad legitimam haereditatem in primis vocantur proximiores, remotioribus exclusis (quia jure antiquo jus repraesentationis inter patruum, et fratris liberos non vigebat, prout mox explicabimus): tum addit: *item si moriatur quis, et de duobus germanis fratribus dimittat filios dumtaxat masculos; ex uno fratre dimiserit duos, ex alio quatuor, similiter masculos: omnes quidem fratrum filii patruo suo ab intestato succedunt, sed non in stirpes, sed in capita: ita ut illi duo ex una parte duas accipiant portiones, et illi quatuor ex alio accipiant quatuor portiones* (2).

(1) *Ulpian. in fragment. tit.* 26. §. *Agnatorum* 4.

(2) *Cajus institut. lib.* 2. *tit.* 8. §. *Regulariter* 7.

§. 495.

Jus repraesentationis, prout modo innuimus ex Ulpiano (1), et Cajo (2), et supra demonstravimus, olim quidem vigebat pro descendentibus in successione ascendentium paternorum (§. 209.); non vero in successione maternorum ascendentium, vel collateralium (§. 210.): atque ideo fratrum filii, si soli existerent, in capita succedebant (3): jus hoc primum confirmavit Justinianus (4): tota ergo difficultas in eo est, utrum Imperator in novissima sua constitutione (5) antiquam jurisprudentiam a se ipso probatam abrogaverit.

(1) *D. l. Post consanguineos* 2. §. *Haec haereditas* 2. *ff. hoc tit.*, *d. fragmentor. lib.* 2. *tit.* 26. §. *Agnatorum* 4.

(2) *Caj. d. lib.* 2. *tit.* 8. §. *Regulariter* 7.

(3) *D. l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.*, *Ulpian.*, *et Cajus dict. loc.*

(4) *L. penult.* §. 1. *in fin. cod. hoc tit.*, §. *Hoc etiam* 4. *in fin. institut. hoc tit.*

(5) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

§. 496.

Porro, si Justiniani verba attente perpendantur, perspicue apparet, eum in hoc casu a vetere jure nullatenus recedere voluisse: etenim Imperator jus repraesentationis, ex quo in stirpes succeditur, utique inducit favore filiorum ex fratribus, cum superstites sunt defuncti fratres: omnino autem silet de eo casu, quo soli fratrum filii supersint (1); adeoque secundum juris principia quaestio haec ex prioribus legibus (§. praeced.) dijudicari debet (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(2) *L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 497.

Sed plura objiciunt, qui contra sentiunt. In primis ajunt, fratrum germanorum filios, quamvis soli sint, praeponi thiis ex uno tantum parente conjunctis defuncto (1): ergo, concludunt, jure repraesentationis ad haereditatem vocantur, proinde in stirpes succedunt, non in capita. Verum jus quidem repraesentationis fratrum filiis prodest,

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

et necessarium est, ut praeferantur thiis, in secundo gradu positis: non inde tamen sequitur, eos inter se repraesentationis jure uti debere; cum enim omnes in tertio gradu constituti sint, perperam ad jus repraesentationis confugitur, ut in stirpes successio dividatur.

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *fer. in princip. versic. Unde consequens.*

§. 498.

Facilius solvitur aliud argumentum ex eo petitum, quod fratrum filii, etiamsi soli sint, praeponantur patruis germanis defuncti (1); cum enim omnes in tertio gradu reperiantur, praelatio filiorum ex fratribus alio, quam repraesentationis fundamento nititur: nimirum quia filii fratrum tenent locum descendentium, cum patrui potius ascendentibus aequiparentur (2): adeoque illos his praeferri aequum visum fuit; sicuti descendentes in linea recta praeferuntur ascendentibus, licet hi proximiores sint (3): praeterquamquod, etiamsi haec praelatio juri repraesentationis tribueretur, non tamen adstrueret successionem in stirpes inter eos, qui pares gradu sunt (§. praeced.)

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 3., *in fin. princip.*

(2) *L. Sororis pronepotem* 39., *l. Nuptiae* 53. *ff. de rit. nuptiar.* (23. 2.)

(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 1.

§. 499.

Magis urgere videtur postrema objectio, quae verbis, seu argumento Justiniani nititur: *quandoquidem igitur*, ait Imperator, *fratris, et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad haereditatem vocentur, illud palam est, quia thiis defuncti masculis, et foeminis, sive a patre, sive a matre praeponuntur; si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum* (1).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3., *in fin. princip.*

§. 500.

Sed nihil aliud hisce verbis innuit Justinianus, quam filios fratrum, tametsi soli sint, praeferri thiis defuncti, qui, licet per se positi inveniantur in tertio consanguinitatis gradu, quemadmodum et thii, atque ideo omnes simul vocandi essent, attamen propter jus repraesentationis, ex quo filii locum patris occupant, tamquam in secundo gradu positos considerari, et inde thios defuncti excludere (1). Ergo etiam in stirpes succedunt defuncti fratris liberi inter se, non in capita? Nequaquam; cum jure repraesentationis inter se non utantur, utpote omnes vere, non juris fictione, positi in eodem gradu succedendi (§. 498.)

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. *in fin. princip.*

§. 501.

Sed quid, si non omnino constet, utrum decesserint omnes defuncti fratres, an quidam adhuc superstites sint, adeoque utrum in stirpes, an in capita haereditatis divisio facienda sit? In dubio sentit Voet, divisionem in stirpes fieri debere (1); quia mors fratrum est fundamentum, ut ajunt, intentionis, contendentium in capita succedere: adeoque probandi onus ipsis incumbit (2): quamquam probationes mortis omni exceptione majores non desiderantur, cum mors ut plurimum difficile probetur (3).

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 16. *in fin.*

(2) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(3) *Fab. cod. eod. tit. de probationib. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 2.

§. 502.

Ergo judicis est definire, singulis rerum, et personarum adjunctis consideratis, an quis pro mortuo habendus sit, nec ne (1); atque, ut singulorum indemnitati prospiciat, cautionem exiget ab illis, qui majorem forte partem consequuntur, quam revera debeatur, restituendi, quod plus acceperint.

(1) *Fab. cod. d. lib.* 4. *tit.* 14., *definit.* 2.

§. 503.

Non tantum in legitima successione, sed etiam in testamentaria divisionem per capita fieri debere, aliquando placuit Senatui nostro. Testator, tres habens filias, haeredes instituit filios masculos ex filiabus suis nasci turos: ex his duae unicum genuerunt filium, alia vero tres: censuerunt patres, virilem haereditatis portionem singulis nepotibus ex praesumpta testatoris voluntate dandam esse (1); ex quo enim filios filiarum praetulit testator filiabus, singulos aeque diligere videtur, ita ut singuli aequale successionis emolumentum percipiant.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

(1) *Thesaur. d. decis.* 162. *in fin.*

§. 504.

Supra diximus, beneficium, quod nititur duplici conjunctionis vinculo inter fratres, fratrumque filios, ita ut praeferatur frater germanus, seu ex utroque parene conjunctus defuncto, ejusque liberi, patris jure, fratribus consanguineis, vel uterinis, eorumque filiis (1), ultra nominatas personas, seu fratres, et fratrum filios non extendi (§. 462.). Quare avunculus, puta, et matertera simul admittuntur (nisi aliud statuto inductum sit) ad successionem filii ex sorore, licet avunculus matri defuncti germanus esset frater, matertera vero soror tantum consanguinea (2).

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. *fer. in princip.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 3. §. 1.

§. 505.

Certissima haec sunt, si ex jure Romano res definiatur, atque etiam ex municipali, si proprie loquamur: fieri tamen potest, ut nepos fratris jure quodam repraesentationis accedat, jure nimirum amitae suae a successione exclusae favore tum fratrum, tum ab his per lineam masculinam descendentium (1). Speciem fingamus.

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

§. 506.

Titius tres genuit filios, mortuo patre decessit primus, superstitibus filio Cajo, et duabus filiabus Maevia, et Sempronia: tum defunctus est secundus, relicta filia Titia, atque nepote Sejo ex filio praemortuo: postremo mortuus est tertius Titii filius ab intestato: quaeritur, quis successionem hanc consequatur, et quomodo successionis divisio fieri debeat.

§. 507.

Si quaestio haec ex Romani juris principiis definiatur, quatuor fiunt portiones: quarum una Cajo, duae ipsius sororibus Maeviae, et Semproniae, quarta Titiae alterius fratris filiae debetur; cum enim nulli supersint fratres, sed omnes sint fratrum filii, in capita succedunt, non in stirpes (§. 496.): Sejus autem, utpote ex fratre non filius, sed nepos, successionis particeps non est; quia, ut modo diximus, jus repraesentationis in linea collaterali non protenditur ultra fratrum filios (§. 462.)

§. 508.

Difficilior est quaestionis hujus solutio ex jure municipali, quod foeminas eodem favore non prosequitur, ac masculos: ita autem ex eo fieri debet haereditatis distributio, ut tres portiones habeat Cajus, unam Sejus: nempe duae portiones sororum Maeviae, et Semproniae Cajo debentur, cum sorores ipsius favore a successionis emolumento exclusae sint (1): postrema vero, quae ad Titiam ex praescripto juris Romani perveniret (2), Sejo nepoti ex secundo fratre danda est; cum mulieres non tantum favore fratrum, sed et descendentium masculorum per lineam masculinam a successione excludantur (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1.

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3.

(3) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *in fin.*

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58

§. 509.

Neque nocet, Sejum, utpote nepotem ex fratre, jure repraesentationis non gaudere (d. §. 462.); non enim ex propria persona, et proprio jure, sed ex persona amitae suae a successione intestata ipsius favore exclusae (1) eum ad successionem admittimus: jus porro regium, ex quo foeminas excludit, si extent fratres, vel filii fratrum, vel masculi ab his per lineam masculinam descendentes, demonstrat, ultra filios fratrum adhuc vigere praelationem masculorum odio foeminae (2), licet jus repraesentationis ad eas leges Romanae non protraxerint.

(1) *Reg. Constit. d. lib. 5. tit. 7. §. 1. in fin.*
(2) *Reg. Constit. d. §. 1. in fin.*

§. 510.

Neque aliud dicendum, etiamsi quaestio haec dijudicanda foret ex Regiis sanctionibus, quae prius prodierunt (1), quibus cavetur, ut mulier a successione excludatur, si adsint fratres, fratrum filii, vel ab his descendentes, qui sint in statu, et *gradu* succedendi defuncto, de cujus haereditate agitur (2): etenim nepotes ex fratre jura successionis intestatae sine dubio habent, cum ex Romanis legibus saltem ad decimum usque gradum protendatur (3): ad hunc autem succedendi *gradum*, licet forte propter alterius proximioris interventum quis repellatur a successione intestata, legislator respexit, alioquin perperam adjecisset, mulieres non tantum a fratrum filiis, sed et a descendentibus excludi (4).

(1) *Videlicet anno* 1729.
(2) *Reg. Constit. an.* 1729. *lib.* 5. *tit.* 14. §. 1. *in fin.*
(3) §. *ult. instit. de succession. cognator.* (3. 5.)
(4) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 14. §. 1. *in fin.*

Sectio IV.

De successione collateralium, seu agnatorum, et cognatorum.

SUMMARIA.

Consanguinei transversales post fratres, et sorores defuncti intestatae successionis jure gaudent, servata gradus praerogativa. §. 511.

Consanguinei utriusque sexus jure Romano ad successionem intestatam vocantur: nulla etiam ratione habita duplicitatis, aut unitatis vinculi. §. 512.

An fratris germani filius, aut nepos exclusae sororis portionem in bonis matris habeat apud nos prae fratre tantum consanguineo? §. 513.

Foeminae ab intestata successione consanguineorum excluduntur favore masculorum, qui ex masculis sint. §. 514.

Patruus, vel avunculus in successione intestata praefertur consobrino defuncti, licet patruus ex uno tantum latere conjunctus sit. §. 515.

Consanguinei transversales, nati ex complexu a legibus civilibus damnato, successionis legitimae emolumentum non habent. §. 516.

Quid de consanguineis ex concubina progenitis tum in linea paterna, tum in materna? §. 517.

An succedant ab intestato consanguinei legitimati? Quid de adoptivis? §. 518.

Agnati jure vetere Romanorum usque ad decimum gradum, cognati usque ad sextum, vel septimum ab intestato ex omnium consensu succedebant. §. 519.

Cognati ex novissima Justiniani constitutione iisdem juribus gaudent ac agnati. §. 520.

Consanguinei, sive agnati sint, sive cognati, etiam ultra decimum gradum ab intestato succedere videntur. §. 521.

Justinianus omnes consanguineos post fratres, et fratrum filios ad intestatam successionem vocat, etiamsi longissimo gradu sint. §. 522. Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

Jus agnationis ex Ulpiano protenditur in infinitum, nec consistit intra decimum gradum. §. 523.

Decimi, vel octavi gradus mentio in legibus interdum fit exempli caussa. §. 524.

Vir, et uxor non admittuntur ad intestatam successionem, nisi deficientibus agnatis, vel cognatis. §. 527.

§. 511.

Quarto loco post descendentes, ascendentes, et fratres Justinianus ad intestatam successionem vocat omnes consanguineos ex latere conjunctos, non promiscue, sed servata gradus praerogativa, ita ut proximiores remotioribus praeferantur: omnes vero simul, si plures sint in eodem gradu constituti; ita ut singuli aequalem partem habeant, utpote in capita succedentes (1).

(1) *Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. §. 1.

§. 512.

Nulla porro distinctio fit secundum Justiniani sanctionem, utrum consanguinei transversales masculi sint, an foeminae, sive per masculos, sive per foeminas conjuncti sint (1); neque etiam ratio habetur majoris, vel minoris, seu duplicitatis, aut unitatis vinculi: de hac re ne verbum quidem facit Justinianus, cum agit de successione consanguineorum ex latere venientium (2): atque hinc supra diximus, avunculum, et materteram simul admitti, licet avunculus matri defuncti germanus esset frater, matertera vero soror tantum consanguinea (§. 505.)

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Nullam vero* 4.

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. §. 1., *et cap. seq.*

§. 513.

Quod pertinet ad unius, vel duplicis conjunctionis vinculum, nihil apparet jure Regio inductum contra legum Romanarum sententiam, cum de successione transversalium ultra fratrum filios quaestio est: cautum utique, ut frater germanus exclusae sororis portionem in bonis matris consequatur prae fratre tantum consanguineo (1); quod beneficium ad filios germani fratris protrahendum videtur (2), non vero ad nepotes; quippequibus obstat legum Romanarum sanctio (§. praeced.), nec aperte favet lex municipalis, quae de fratre tantum germano concepta est (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 7. §. 3.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 1., *junct. Novell.* 118. *d. cap.* 3., *ex qua germanorum fratrum filii consanguineis ipsis fratribus praeferuntur in quacumque successione.*

(3) *Reg. Constit. d.* §. 3.

§. 514.

Sed Romanis legibus apud nos detractum est quoad descendentes ex foeminis, quos Romanae leges vocant ad intestatam consanguineorum successionem una cum descendentibus ex masculis (1): apud nos tamen non tantum foeminae, sed et ab illis descendentes excluduntur a quacumque successione favore fratrum, atque ab his descendentium masculorum per masculinam lineam (2): ex quo patet, duplicem requiri conditionem, ut descendentes ex masculo praeferantur descendentibus ex foemina; quarum prima est, ut et ipsi masculi sint; altera, ut per masculos descendant.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Nullam vero* 4.

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *in med.*

§. 515.

Cum in hoc successionis ordine, praeter casus lege municipali exceptos sola sanguinis proximitas inspiciatur (§. 511., et 512.), consequens est, patruum, vel avunculum praeferri in successione intestata consobrino defuncti, licet ex uno tantum latere

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38 tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

patruus conjunctus sit (1); quia avunculus, vel patruus sunt in tertio gradu, consobrinus autem in quarto (2).

(1) *L. Avunculo* 6. *cod. commun. de successionib.* (6. 59.), *Thesaur. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 63. *num. ult.* ✠

(2) *D. l.* 6. *cod. commun. de successionib.*, *l. Jureconsultus* 10. §. *Tertio gradu* 14. *et seq. ff. de gradib., et affinib.* (38. 10.)

§. 516.

Si quaeratur, an consanguinei transversales extra legitimum matrimonium geniti inter se succedant, respondemus, distinguendum esse, quemadmodum de fratrum naturalium successione agentes distinximus, in primis, utrum nati sint ex complexu a legibus civilibus damnato, nec ne (§. 473.). Priores ex omnium sententia nullo successionis ab intestato jure gaudent; quia quoad civiles effectus nec consanguinei reputantur (§. 473.)

§. 517.

Si autem ex concubina sint procreati, interest, an de cognatis ex linea paterna, an ex materna disputetur. Cognati per lineam paternam aliis ejusdem lineae naturalibus cognatis ab intestato non succedunt (§. 479.); utique vero, si per matrem cognati sint, succedunt una cum legitime natis in eodem gradu constitutis (§. 480.): potiori ratione, si tum per patrem, tum per matrem conjuncti proponantur (§. 474.)

§. 518.

Eadem quoque regula observatur in legitimatis consanguineis, ac in fratribus legitimorum jura adeptis: quare, si per subsequentes nuptias, vel per rescriptum Principis, ante jus consanguineis ex justo matrimonio procreatis quaesitum, legitimati fuerint, aeque succedunt ac legitime nati, nisi Princeps aliam legitimando legem dixerit (§. 481.): legitimatus per oblationem curiae soli patri succedit (1). Adoptio eosdem fere parit effectus, ac agnatio (2), si modo quis ab extraneo non fuerit adoptatus (3).

(1) *Novell.* 89. *cap. Filium vero* 4.

(2) §. *Per adoptionem* 2. *institut. hoc tit.*, *l. Post consanguineos* 2. §. *Parvi autem* 3. *ff. hoc tit.*

(3) §. *Sed ea omnia* 14. *institut. de haereditatib., quae ab intestat deferunt.* (3. 1.)

§. 519.

Inquirendum superest, ad quem usque gradum consanguinei succedant. Fatentur omnes, jure quidem vetere, agnatis usque ad gradum decimum, juxta civilem computandi rationem, quam fuse exponit Justinianus (1), cognatis vero usque ad sextum, aut septimum gradum jus intestatae successionis a legibus tributum fuisse (2): videlicet quia per agnatos nomen, et familia propagatur, placuit ejus fines latiores facere, quam cognationis.

(1) *Institut. lib.* 3. *tit.* 6. *de gradib. cognation.*

(2) §. *ult. institut. de succession. cognator.* (3. 5.)

§. 520.

Passim quoque tradunt interpretes, hodie cognatos jure successionis legitimae gaudere, usque ad decimum gradum (1); atque moventur Justiniani novissima constitutione, qua Imperator differentias omnes inter agnatos, et cognatos in eo, quod pertinet ad successionem intestatam, penitus sustulit (2): atque deficientibus defunctae personae liberis, ascendentibus, fratribus, eorumque filiis, *omnes deinceps a latere cognatos ad haereditatem vocat secundum uniuscujusque gradus praerogativam* (3).

(1) *Vinn. ad d.* §. *ult. institut. num.* 3., *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 22. *in princip.*

(2) *Novell.* 118. *cap. Nullam vero* 4.

(3) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. §. 1.

§. 521.

Inst. l. 3. tit. 2. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 58.

Sed non omnes consentiunt, utrum jus successionis intestatae consistat in decimo gradu, an ultra protendatur. Sunt, qui ultra decimum gradum neque agnatos, neque cognatos ad legitimam successionem admittunt, sed conjugi, vel fisco bona tribuunt: alii defendunt, nullis limitibus circumscribi legitimae successionis jus. Utraque sententia suis nititur fundamentis ex Romanarum legum textibus; sed posterior ex eo praeferenda videtur, quod magni ponderis argumenta pro se habet, atque aptius solvit quae contra objiciuntur.

§. 522.

In primis Justinianus haereditatem jure agnationis ultro citroque capi ait, *etiamsi agnati longissimo gradu sint* (1): nec nullum gradum definit, intra quem successionis intestatae beneficium concludatur: atque in novissima sua constitutione, qua idem Imperator successionis intestatae modum plenius, et accuratius explicavit, post fratres, et fratrum filios, omnes deinceps a latere cognatos ad haereditatem vocat (2); omnes, ait Justinianus; ergo non eos tantum, qui ultra decimum gradum constituti non sunt.

(1) §. *Caeterum* 3. *in princip. institut. hoc tit.*
(2) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur defunctus neque* 3. §. 1.

§. 523.

Praeterea Ulpianus, ordinem intestatae successionis exponens, post consanguineos, idest post fratres, fratrumque filios agnatos admitti tradit (1); tum subjicit, agnatos esse masculos ab eodem stipite descendentes, *si qui sunt, hinc orti in infinitum* (2); si ergo lex vocat agnatos ad successionem, jus autem agnationis in infinitum protenditur, consequens omnino est, agnatos in infinitum, seu nullo praefinito gradu, ad legitimam successionem admitti, adeoque etiam cognatos, quos Justinianus in hac re agnatis exaequavit (3).

(1) *L. Post consanguineos* 3. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. §. 1. *in fin.*
(3) *D. Novell.* 118. *cap. Nullam vero* 4.

§. 524.

Facile autem solvuntur, quae objiciunt contrariae sententiae patroni: quod enim ait Justinianus, agnatum proximum ad haereditatem admitti, etsi decimo gradu sit (1), exempli caussa positus decimus gradus est; perraro contingit, ut inveniantur agnati ultra gradum decimum; praeterquamquod non negat Imperator successionis intestatae beneficium agnatis ultra gradum decimum constitutis: atque nemo dixerit, in octavo consistere jus successionis, quamvis scripserit Papinianus, *octavi gradus agnato, jure legitimi haeredis, ... possessionem deferri* (2); quia et Papinianus octavi gradus meminit per modum exempli.

(1) §. *ult. instit. de succession. cognator.* (3. 5.)
(2) *L. penult. ff. unde cognati.* (38. 8.)

§. 525.

Minus probat, quod subjiciunt, hac posita, quam defendimus, sententia, vix unquam locum fieri viro, et uxori, quibus leges post agnatos, et cognatos successionem intestatam concedunt (1): esto, vix unquam conjuges sibi invicem succedere: absurdum non est, extantibus agnatis, vel cognatis, eos repelli, quos leges non admittunt, nisi iis deficientibus, et in odium fisci, qui postremo loco vocatur.

(1) *L. unic. ff. Unde vir, et uxor.* (38. 11.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 11. Cod. l. 6. tit. 18.

Sectio V.

De successione viri, et uxoris.

Instit. lib. 3. tit. 1. *De haereditat., quae ab intest. defer.*
Digest. lib. 38. tit. 11. } *Unde vir, et uxor.*
Cod. lib. 6. tit. 18. }

SUMMARIA.

Conjuges, si deficiant consanguinei, praetor ad intestatam successionem vocat inter se, dummodo justum matrimonium fuerit, et morte dissolutum. Quid si per divortium? §. 526.

Conjux non succedit conjugi, quem occiderit, licet vir uxorem in adulterio deprehensam interemerit. §. 527.

Uxor inops, et indotata succedit marito, vel in quarta bonorum parte, vel in virili, proprietatis, aut ususfructus jure. §. 528.

Maritus uxorem inopem, et indotatam a quartae, vel virilis portionis emolumenti excludere non potest. §. 529.

Quid si maritus fraudandae uxoris animo bona sua inter vivos alienaverit? §. 530.

Uxori inopi, et indotatae debetur quarta in bonis mariti, licet haec publicata sint, et fisco acquisita. §. 531.

An mulier, quae post mortem mariti divitis alteri nupsit, quarta prius non petita, tum per mortem posterioris viri vidua facta est, quartam a primis viri haeredibus petere possit? §. 532., *et* 533.

Quartae petendae tempus uxori inopi, et indotatae a legibus praefinitum non est. §. 534.

§. 526.

Deficientibus agnatis, et cognatis, ex praetoris edicto *Unde vir, et uxor* conjux superstes vocatur ad bonorum possessionem defuncti conjugis (1): si tamen justum matrimonium inter ipsos fuerit, et morte alterutrius dissolutum sit (2). Quod si divortium absque justa caussa intercesserit, superstiti, et innoxio conjugi non videtur denegandum praetoris beneficium, utique vero nocenti (3).

(1) *L. 1. cod. hoc tit.*
(2) *L. unic. in princip. ff. hoc tit.*
(3) *D. l. unic. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 527.

Si conjux conjugem occiderit, non dubium, quominus defuncti successione occidens se indignum praebuerit (1): etiamsi maritus uxorem in adulterio deprehensam interemerit: licet enim venia dignus visus fuerit Romanis legumlatoribus maritus, qui adulteram domi in delicto apprehensam occiderit (2): imo et maritus uxorem adulteram, si eam in ipsa turpitudine invenerit, a poena legis Corneliae de sicariis eximatur; attamen extra poenam non est (3), cum vilis in opus publicum damnetur, honestus in insulam relegetur (4): adeoque multo minus habere debet successionis emolumentum; ne ex delicto suo commodum sentiat (5).

(1) *L. Si ab hostibus* 10. §. 1. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.)
(2) *L. Marito* 24. *ff. ad leg. Juliam de adulter.* (48. 5.)
(3) *L. Si adulterium* 38. §. *Imperator* 8. *ff. eod. tit.*
(4) *D. l.* 38. §. 8. *in fin.*
(5) *D. l. Si ab hostibus* 10. §. 1. *ff. solut. matrimon.*

§. 528.

Praeter haec Justinianus uxori inopi, et indotatae quartam bonorum mariti divitis concessit, si liberi non supersint, aut adsint tres, vel pauciores; virilem vero haereditatis, si plures sint: proprietate quidem hujus portionis concessa, cum liberi desunt; usufructu tantum, si defuncto marito superstites sint ex eodem matrimonio filii, ad quos proprietas pertinet: quod beneficium marito in haereditate uxoris Imperator postremo loco denegavit. Sed de hac re alibi fuse diximus (1). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 11. Cod. l. 6. tit. 18.

(1) *V. Tom. III. pag.* 346. §. 1391. *et seqq.*

§. 529.

Cum de quarta mulieris inopis agebamus, mulierem huic juri renunciare posse, demonstravimus, si modo sponte, atque ex certa scientia renunciatio sequatur (1); non autem ab ea repelli voluntate haeredis, qui dotem ei offerat (2); ne in privatorum potestate sit legum scita immutare. Idem porro affirmandum de voluntate testatoris; haec enim successio in quarta, vel virili parte haereditatis (§. praeced.) locum habet, sive maritus intestatus decesserit, sive testamentum condiderit, et quartam non reliquerit, vel minus quarta; quam ideo supplendam Justinianus constituit (3).

(1) *D. Tom. III. pag.* 373. §. 1495.

(2) *Ibid.* §. 1406.

(3) *Novell.* 53. *cap. ult. versic. Si tamen legatum in med. princ.*

§. 530.

Sed quid dicendum, si maritus fraudandi animo bona inter vivos alienaverit? Plerique sentiunt, si modo fraudandi consilium mulier demonstret, utilem actionem ei dandam ad revocanda, quae per dolum alienata fuerunt (1), exemplo patroni, liberorum, impuberis adrogati, et similium (2); ne alioquin mulier ex dolo mariti alimentis careat.

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyllian. lib.* 38. *num.* 24.

(2) *L. ult., et passim ff. Si quid in fraud. patron.* (38. 5.), *l.* 1., *et passim. cod. de inofficios. donationib.* (3. 29.)

§. 531.

His consequens videtur, mulieri inopi, et indotatae deberi quartam in bonis mariti: tametsi haec ob patratum a marito crimen publicata, et fisco addicta fuerint, tum quia nemo ex alieno scelere damnum sentire debet (1); tum quia Imperatores etiam in crimine perduellionis, quod maritus admiserit, jura sua mulieribus salva esse decreverunt (2); tum quia, ut alibi diximus, mulieri, etiam vivente viro, quarta haec debetur, si maritus absque justa caussa eam domo expulerit (3).

(1) *L. Crimen* 26. *ff. de poen.* (48. 19.), *L. Sancimus* 22. *cod. eod. tit.* (19. 47.)

(2) *L. Quisquis* 5. §. *Uxores* 5. *cod. ad leg. Jul. majestat.* (9. 8.)

(3) *Novell.* 117. *cap. Quia vero* 5. *prop. fin. V. Tom. III. pag.* 346. §. 1391.

§. 532.

Difficilior est solutu quaestio, an idem petendae quartae jus competat mulieri, quae post solutas per mortem mariti divitis nuptias alteri nupserit, neutiquam petita quarta ab illius haeredibus: tum morte posterioris mariti matrimonium dissolvatur. Si posterior maritus dives sit, aequius quibusdam videtur, ex hujus viri bonis mulieri subveniri, cum posterioris mariti conditionem sequatur.

§. 533.

Quia tamen mulier per secundas nuptias non amittit jus quartae in bonis prioris mariti consequendae (1), ut alibi diximus (2), atque ideo, quod pertinet ad posteriorem maritum, videri non potest inops mulier, quae ex prioris haereditate quartam habet, nullo jure ageret mulier adversus secundi viri haeredes (3): nisi forte in primis mariti bonis quartam habere non posset.

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 63. *num.* 3. ✠
(2) *V. Tom. III. pag.* 349. §. 1402.
(3) *Novell.* 53. *cap. ult.* §. *ult.*

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 49. tit. 14. Cod. l. 10. tit. 1.

§. 534.

Perperam vero objiceretur, imputandum mulieri inopi, et indotatae, cur maturius non egerit adversus haeredes prioris mariti; etenim leges nullum temporis spatium definiunt, intra quod actio mulieri tributa ad quartam petendam coerceatur; proinde, si legis ratio, seu inopia mulieris duret, nihil caussae est, cur a legum beneficio excludatur.

Sectio VI.

De jure fisci in successione intestata.

Instit. lib. 3. tit. 1. *De haereditat., quae ab intest. deferunt.*
Digest. lib. 49. tit. 14. } *De jure fisci.*
Cod. lib. 10. tit. 1. }

SUMMARIA.

Fiscus, si deficiant tum consanguinei, tum conjux, bona defuncti ab intestato tamquam vacantia occupat. §. 535.

Collegia quaedam apud Romanos, et corpora defunctis ab intestato prae fisco succedebant. §. 536.

Quid de Episcopis, Clericis, Monachis, Geruntocomiis, et similibus? §. 537.

Fiscus etiam occupat bona eorum, qui legitimum haeredem habere non possunt, quales alicubi reputantur spurii omnes. §. 538.

Vassali sive ex privilegio, sive ex consuetudine immemoriali habere possunt jus succedendi ab intestato. §. 539.

Spurio suscepto ex homine dedititiae conditionis succedit fiscus prae Vassallo. §. 540.

Spurius testari potest: atque liberi, si quos habeat, legitimi ipsius haeredes sunt. §. 541.

Fiscus tenetur praestare legata, si succedat, quia testamentum, haerede adire recusante, destitutum sit. §. 542.

Fiscus succedit alienigenis, qui literas naturalitatis non obtinuerint, vel legitimae successionis jure non gaudeant §. 543.

Consanguineis restituenda videtur haereditas a fisco, facti errore occupata. §. 544.

Fiscus occupat tantum bona in suo territorio sita. Vassallus eodem jure utitur pro bonis in ditione Principis, cui subest, constitutis. §. 545.

§. 535.

Postremum in successione gradum habet fiscus, cum nempe deficiunt descendentes, ascendentes, fratres, fratrumque filii, et consanguinei transversales, ive agnati, sive cognati, nec non conjux, quo casu fiscus bona, tamquam vacantia, occupat (1): utique si haereditas solvendo sit; alioquin fiscus creditoribus permittit, ut bona vendant, atque ita, quod ipsis debitum erat a defuncto, consequantur (2).

(1) *L.* 1. §. *Divus Pius* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. 1., *l. Ergo quamdiu* 4. §. *Si bona* 20. *ff. de fideicommissar. libertat.* (40. 5.)

§. 536.

Quin immo ex Romanarum legum praescripto non ad omnium sine consanguineis, et conjuge defunctorum successionem admittebatur fiscus: si enim defunctus membrum

Inst. l. 3. tit. 1. ff l. 49. tit. 14. Cod. l. 10. tit. 1.

fuisset quorumdam collegiorum, fisco praeferebatur collegium: puta decurionis haereditatem capiebat curia (1), militis legio, vexillatio, vel turma, in qua militabat (2), navicularii corpus naviculariorum (3): atque etiam socio liberalitatis Imperialis superstiti accrescebat portio defuncti socii (4).

(1) *L. penult. cod. de haereditat. decurion.* (6. 62.)

(2) *L. Universis* 2. *cod. eod. tit.*, *l. Si quis filio* 6. *§. Ejus, qui* 7. *ff. de injust., rupt., irrit. fact. testament.* (28. 3.)

(3) *L.* 1. *cod. tit. de haereditat. decurion.*

(4) *L. unic. cod. Si liberalitat. Imperial. soc.* (10. 14.)

§. 537.

Praeterea decrevit Justinianus, ut, si quis Episcopus, Clericus, vel alterius cujuslibet gradus ecclesiastici minister, aut diaconissae decedant sine testamento, et sine legitimis haeredibus, horum omnium successio competat ecclesiae, in qua constituti fuerant (1): quod jus etiam in monachis, et monasteriis viget (2). Porro collegiorum exemplo (§. praeced.) plerique sentiunt, idem recipiendum in geruntocomiis, orphanotrophiis, et similibus, nisi aliud speciatim cautum, vel consuetudine receptum sit.

(1) *Novell.* 131. *cap. Interdicimus* 13. *in fin.*, *l. Si quis Presbiter* 20. *cod. de Episcop., et Cler.* (1. 3.)

(2) *D. l.* 20., *et Auth. sequ. Nunc autem.*

§. 538.

Extra hos casus, uti jam innuimus (§. 535.), fiscus occupat bona eorum, qui absque legitimo haerede decedunt, sive haeredem legitimum habere possint, sive non: videlicet ex damnato a legibus civilibus complexu genitis sive ab intestato, sive ex testamento nec fratres, nec ipsi liberi succedunt (§. 287., et seqq.), sed fiscus, seu Princeps: immo apud Sabaudos receptum tradit Faber, ut spuriis omnibus, qui vulgo bastardi solent appellari, si intestati, et sine prole decesserint, succedat Princeps, ex quocumque patre suscepti sint (1).

(1) *Fab. cod. de naturalib. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *definit.* 1. *in princip.*, *alioquin generatim servandae sunt regulae, quas supra exposuimus d.* §. 287., *et seqq.*, *d.* §. 473., *et seqq.*, *et* §. 516., *et* 517.

§. 539.

Exceptionem huic Principis juri admittit idem Faber in eo casu, quo dominus territorii, seu vassallus jus hoc praeoccupaverit, sive ex privilegio, sive ex consuetudine, quae hominum memoriam excedat (1): qui autem privilegio, vel consuetudine nititur, probare debet (2); tum quia res facti est, quae non praesumitur; tum quia vassallus praesumptionem contra se habet, cum jus commune fisco, seu Principi faveat.

(1) *Fab. cod. de naturalib. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *d. defin.* 1. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probation.* (22. 3.) *V. Tom. I.* §. 480.

§. 540.

Sed quid, si spurius filius susceptus sit ex homine dedititiae conditionis, quem talliabilem vocant? Vassallusne, an Princeps, eo sine liberis, et intestato decedente succedit? Pro Principe respondet Faber (1); quia spurii non patris, sed matris conditionem sequuntur (2), cum patrem vix habere intelligantur, utpotequi plerumque ignoratur (3).

(1) *Fab. cod. de natural. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *d. definit.* 1., *num.* 8., *et* 9. *in corp.*

(2) *L. Lex naturae* 24. *ff. de statu hom.* (1. 5.)

(3) *L. Vulgo concepti* 23. *ff. eod. tit.*

§. 541.

Ergo Princeps, seu fiscus spuriis succedit, si absque liberis, et intestati decesserint (§. 538.); quod si spurius vel liberos superstites reliquerit, vel de suis bonis testatus

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 49. tit. 14. Cod. l. 10. tit. 1.

sit, de Principis jure, ait Faber, quaerendum nihil erit (1); quia non possunt videri vacantia bona, quae dominum, et successorem habent.

(1) *Fab. cod. de naturalib. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *dict. definit.* 1. *num.* 7. *in corp.*

§. 542.

Disputant interpretes, utrum fiscus ad legata praestanda teneatur, si haeres scriptus haereditatem adire recusaverit, atque inde testamentum destitutum sit. Cum fiscus nullo speciali in hac re privilegio gaudeat, omnino affirmandum (1), ex vi clausulae codicillaris, per quam privati, tamquam ab intestato succedentes, debent solvere legata testamento relicta (2): atque etiam Marcianus scripsit, eum, qui intestatus decedit, sciens bona sua tamquam vacantia ad fiscum perventura, posse ab eo fideicommissa relinquere (3).

(1) *L. Fiscus* 6. *ff. hoc tit.*

(2) *V. supra* §. 175., *et seqq.*

(3) *L. Filius familias* 114. §. *Qui intestato* 2. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 543.

Supra diximus, intestatae successionis incapaces esse alienigenas; nisi litteras civilitatis, seu naturalitatis a Principe obtinuerint, vel nisi reciprocae successionis jus inductum sit, aut successio intestata civibus apud alienigenas concedatur (§. 234., et seqq.): horum proinde bona fisco acquiruntur, tamquam vacantia (1).

(1) *Argum. l. Divus Commodus* 31. *ff. hoc tit.*

§. 544.

Si fiscus defuncti bona occupaverit, tamquam vacantia, deinde appareant consanguinei jus intestatae successionis habentes, haereditas ipsis restituenda videtur; etenim Princeps non praesumitur velle in subditorum dispendium ditari: cum immo soleant Principes subditorum utilitati potissimum consulere: *quod communiter omnibus prodest, hoc privatae nostrae utilitati praeferendum esse censemus; nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes*, verba sunt Justiniani (1). Exceptionem plerique admittunt, si triginta anni a die occupationis effluxerint (2).

(1) *In l. Unic.* §. *Haec autem* 14., *in fin. cod. de caduc. tollend.* (6. 51.)

(2) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescription. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 545.

Vix monendum, non alia bona successionis intestatae jure acquiri fisco, quam quae constituta sunt in territorio Principis, cujus est fiscus, sive mobilia sint, sive immobilia; neque enim in caeteris jus ullum habet fiscus, quo defuncti bona vindicet (1). Quod si vel ex privilegio, vel legitime inducta consuetudine, vacantia bona ad vassallum spectent, quocumque in loco sita sint, dummodo in territorio ejusdem Principis, vassallus succedit, exemplo caeterorum haeredum: nisi obstent singularia alicujus loci statuta.

(1) *Argum. l. ult. ff. de jurisdiction.* (2. 1.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

CAPUT IV.

Quibus in casibus intestata successio denegatur.

Instit. lib. 3. tit. 1. *De haereditat., quae ab intest. deferunt.*
Digest. lib. 38. tit. 16. } *De suis, et legit. haered.*
Cod. lib. 6. tit. 55.

SUMMARIA.

Successio intestata aliquando denegatur vel legis auctoritate, vel voluntate ejus, qui jus legitimae successionis habet. §. 546.

In successionibus intestatis inspicitur tempus, quo delatae fuerunt. §. 547.

Pacta de futura successione Romanae leges improbant: nisi consentiat ille, de cujus haereditate fiunt: atque in eadem voluntate usque ad mortem perseveret. §. 548., et 549.

Usu fori apud plerasque gentes inducto, de futura successione occasione matrimonii pacisci licet, etiam ignorante eo, de cujus haereditate agitur, nec adhibito jurejurando. §. 550.

Renunciationes futurae successioni, invita Romana jurisprudentia, usu fori probantur in contractu matrimonii. §. 551.

Renunciationes factae occasione matrimonii carnalis, vel spiritualis vim habent apud nos, nec speciales requirunt solemnitates. §. 552.

Renunciatio futurae successionis facta aliquorum favore vim amittit, si praedecesserint omnes, quorum gratia renunciatum est. §. 553.

Renunciatio matris non nocet filio, qui proprio jure veniat. An filii imputare debeant, quod mater consequuta est? §. 554.

Renunciatio matris non obest filiis, tametsi de transversalium successione quaeratur; et filii haeredes sint matri. §. 555.

An filii ex propria persona, et proprio jure succedere possint, si mater renunciaverit nominatim pro ipsis? §. 556.

Renunciatio matris, jure regio, nocet filiis, atque descendentibus, quamvis haeredes matri non sint. §. 557.

Renunciatio facta sub conditione professionis religiosae non nocet, nisi professio emissa probetur. Quibus modis haec probatio fiat? §. 558.

Renunciatio successionum eas tantum complectitur, de quibus expressa mentio facta fuit. §. 559.

Quid si generalibus verbis concepta fuerit renunciatio de juribus omnibus, quae ad renunciantem spectare possunt? §. 560.

Renunciatio successioni fratris aliquando ex adjunctis extendi potest ad successionem sororis, si amplissima sint ejus verba. §. 561.

Ex caussa enormis laesionis renunciatio irrita fieri potest. §. 562.

Rescissâ per restitutionem in integrum restitutione, solam legitimam petere potest renuncians, si testatus sit ille, cujus haereditati renunciavit. §. 563.

Quid si decesserit intestatus ille, de cujus successione disceptatur? §. 564.

Renunciatio facta occasione professionis religiosae irrita fit, si monachus religionem deserat, quia professio ab initio non constiterit. §. 565.

Quid si monachus dispensationem obtineat ex justa quidem caussa, sed quae supervenerit post solemnia emissa religionis vota? §. 566.

Renunciatio occasione matrimonii, vel religiosae professionis apud nos absque solemnibus valet, quamvis favore foeminae secuta sit. §. 567.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

Renunciatio futurae successioni non valet, si in alicujus personae favorem non cedat. §. 568.

Pater, cum dotem filiae dat, postulans, ut haec futurae successioni renunciet, tum sibi, tum filiis prospicere censetur. §. 569.

Pater potest pro filiis etiam absentibus stipulari, atque lucrum renunciationis quaerere, si modo filii haeredes patris sint. §. 570.

Stipulari non potest vir uxori, nec fratri: nisi aliud statuto cautum sit. §. 571.

Renunciatio futurae successionis extra matrimonium, vel professionem religiosam non valet, nisi conditiones a legibus Romanis requisitae interveniant. §. 572.

Utrum requiratur expressus consensus illius, cujus successioni renunciatur? §. 573.

Pactum de haereditate viventis; quod ab initio non valuit, confirmatur, si deinde consentiat ille, de cujus haereditate actum fuit. §. 574.

Portio filiae, quae accepta dote successioni paternae renunciavit, accrescit haeredi a patre scripto, non caeteris filiis. §. 575.

Portio haec magis computanda est in bonis defuncti, quam haeredis, et continetur fideicommisso haereditatis. §. 576.

Si haeres ipse post mortem patris dotem de suis bonis filiae solverit, vel pater filiae renunciationem stipulatus sit favore filii, portio haec haeredi accrescit, seu filio, non haereditati. §. 577.

Renunciatio futurae sucessionis non aufert jus succedendi ex testamento, si velit ille, cujus successioni renunciatum fuit. §. 578.

Pater, cujus favore filia successioni renunciavit, efficere potest, ut ad intestatum fratris successionem admittatur. §. 579.

Quid si pater renunciantem filiam fratri, si sine liberis decederet, substituerit in omnem casum seu vulgariter, pupillariter, et per fideicommissum simul cum filia, quae non renunciavit? §. 580.

Quid si filius, seu frater renunciationem a sorore suae successioni factam agnoverit, atque ratam habuerit? §. 581.

Successionis intestatae beneficium restitui potest filiae, quae renunciavit, licet testamentum irritum sit. §. 582.

In successione intestata servantur leges loci, quo posita sunt bona immobilia: quid de mobilibus? §. 583.

Consanguinitas probari debet ab eo, qui vult ab intestato succedere: non tamen proximitas; nisi certum sit, alium proximiorem existere. §. 584.

§. 546.

Explicatis modis, quibus defertur intestata successio; tum personis demonstratis, quae ad eam vocantur, et vocationis ordine, expendendi supersunt casus; quibus intestata successio denegatur; iis utique, qui ex jure communi illius acquirendae capaces habentur. Duplici porro ex capite fieri potest, ut quis repellatur a legitima successione videlicet 1. Legis auctoritate. 2. Voluntate ejus, cui jus ab intestato suceedendi competit.

§. 547.

Legis potestate apud nos, uti supra diximus (§. 318., et seqq.), mulieres solius congruae petendae dotis jus habent, sed ab intestata successione excluduntur, si modo superstites sint earum fratres, fratrum filii, vel ab his descendentes masculi per lineam masculinam: cum autem in successionibus spectetur tempus, quo eaedem deferuntur (§. 245., et 246.), idcirco si delatae fuissent ante Regias sanctiones, quibus haec mulierum exclusio continetur, etiamsi de iis in judicio post id tempus agatur, mulieres ad eas cum masculis admitterentur (1).

(1) *Argum. l. Leges 7. cod. de legib.* (1. 14.)

Inst. l. 3. tit. 1
ff. l. 38. tit. 16
Cod. l. 6. tit. 55

§. 548.

Voluntate illius, cui alioquin succedendi jus competeret, intestata successio denegatur, si ei sponte renunciaverit. Romanis legibus improbantur pacta de futura successione, tum quia captandae mortis votum inducere visa sunt Romanis prudentibus (1); tum quia testandi facultatem minuunt, vel tollunt (2), tum quia incongruum sit, haereditatem actu inter vivos dari, vel adimi (3), ut alibi diximus (4): quin ullus pactis dotalibus favor tributus fuerit (5).

(1) *L. ult. cod. de pactis* (2. 3.)

(2) *L. Pactum, quod dotali* 15. *cod. eod. tit.*

(3) *L. Haereditas* 5. *cod. de pact. convent. tam sup. dot. etc.* (5: 14.)

(4) *V. Tom. IV. pag.* 356. §. 1364. *et seqq.*

(5) *D. l.* 15. *cod. de pact.*

§. 549.

Una exceptio huic jurisprudentiae ab Imperatore Justiniano inducta fuit; videlicet in eo casu, quo tertius, de cujus haereditate contrahentes paciscuntur, consensum suum huic pacto praestet (1); quia cessat praecipua prohibitionis caussa, idest periculum captandae mortis: quamquam poenitendi facultatem consentienti non aufert Justinianus (2), adeoque nec testandi facultas adimitur, vel minuitur.

(1) *D. l. ult. in med. cod. de pact.* (2. 3.)

(2) *D. l. ult. prop. fin., V. d. Tom. IV. pag.* 357. §. 1366.

§. 550.

Haec ita apud Romanos obtinebant, si de certae personae haereditate conventio inita fuisset: sed de successione personae incertae pacisci licebat, puta inter socios (1): potiori ratione de haereditate defuncti, veluti de fideicommissi conditionalis jure (2). Usu fori ab hac Romanorum prudentum nimia subtilitate recessum est, atque receptum, ut occasione matrimonii liceat de futura certae personae non consentientis haereditate paeisci, etiam inter plebejos homines (3), nec jurejurando adhibito (4); atque pacta haec jure contractus inter vivos sustineantur, non testamenti, aut cujuslibet ultimae voluntatis actus (5).

(1) *L. Ea vero* 3. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.), §. *Manet* 4. *institut. de societ.* (3. 26.)

(2) *L. Cum proponas* 16. *cod. de pactis* (2. 3.), *l. De fideicommisso* 11. *cod. de transaction.* (2. 4.)

(3) *V. Tom. IV. pag.* 358. §. 1370., *et seqq.*

(4) *D. Tom. IV.* §. 1374.

(5) *D. Tom. IV.* §. 1375.

§. 551.

Eodem fundamento, quo apud Romanos improbata fuerunt pacta, quibus futuram successionem quis sibi adseret, reprobari quoque debuerunt ea, per quae jus intestatae successionis competens abjiciatur (1): sed et haec usu fori apud plerasque gentes in contractu matrimonii permittuntur; atque valent jure contractus reciproci, cujus vi mulieri dos traditur, atque ipsa juri successionis sibi aliquando competenti renunciat (2), dummodo de vi renunciationis, ejusque effectibus certior factus sit renuncians (3), atque renunciatio jurejurando munita sit (4).

(1) *L. ult. ff. hoc tit. l. Pactum dotale* 3. *cod. de collation.* (6. 20.)

(2) *V. Tom. IV. pag.* 363. §. 1391., *et seqq.*

(3) *L. Cum Aquiliana* 5. *ff. de transaction.* (2. 15.)

(4) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 13.

§. 552.

Pragmaticorum placitis consentit jus regium, quo cautum, ut vim suam habeant renunciationes, quae fiunt a mulieribus, data ipsis congrua dote, occasione matri-

Inst. l. 3 tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6 tit. 55.

monii, vel religiosae professionis, nec non a masculis religionem profitentibus, licet judicis decretum non intercedat: renunciantes aetate minores sint; nec praesentes sint illi, cujus successioni renunciatur, vel cujus favore renunciatio cessura est (1): immo etiam remittuntur solemnitates donationum, licet quis renunciet bonis, quae actu possidet (2), jurisjurandum vero adjici non permittitur (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 15. §. 1.
(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 14. §. 10.
(3) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 11. §. 14.

§. 553.

Valent ergo apud nos hujusmodi renunciationes, et mulieri renuncianti nocent. Quod si praedecesserint illi, quorum favore renunciatum est, cessante renunciationis fundamento, ipsa in irritum cadit; atque mulier, quae occasione matrimonii jura legitimae successionis abjicit, pristina jura recuperat (1): si modo decesserint omnes. Quare, cum mulieres favore patris, vel fratrum, atque ab his descendentium renunciare soleant, rata esse pergit renunciatio, etiam praemortuo patre, vel fratre, sed superstitibus descendentibus.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 1. §. 4.

§. 554.

Si quaeratur, an renunciatio matris obsit filio, quin praemortua matre ei, cujus successionis renunciavit, ipse filius jure proprio admittatur, respondemus non obesse (1); nisi aliud cautum sit; tum quia omnis renunciatio tacitam habet conditionem, si haereditas deferatur: proinde praemortuo renunciatario corruit, tum quia factum matris nocere non potest filiis, qui proprio jure veniunt, scilicet repraesentantes non personam, sed gradum matris (2); sane, quod filii ex persona matris, cui dos data fuit, consequuntur, imputare tenentur (3): immo imputare debent, quod mater habuit, licet matris haeredes non sint (4), cum dotem filii imputare teneantur, licet mater non renunciaverit (5).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *titul.* 3. *definit.* 1. *princ.*, *et def.* 14., *et* 15., *Thesaur. dec.* 138. *num.* 3., *et quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 90. *num.* 3. ✠
(2) *Novell.* 118. *cap.* 1., *et* 3.
(3) *Fab. ibid. def.* 2., *et* 16.
(4) *Fab. ibid. def.* 17.
(5) *Fab. ibid. def.* 18. *V. Tom. VII. pag.* 59. §. 236., *et seqq.*

§. 555.

Nihil porro interest, utrum de ascendentis, an de collateralis successione tractetur (1); quia utrobique viget eadem ratio (2): neque utrum filii matris haeredes sint, nec ne (3); quia jus intestatae successionis a matre non habent (4): neque utrum filii ex praedefuncta matre superstites soli sint, an cum patruo, vel avunculo concurrant (5); quia idem jus succedendi habent in utroque casu.

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. def.* 1. *num.* 14. *in corp.*
(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *et* 3.
(3) *Fab. d. def.* 1. *num.* 11. *in corp.*, *Thes. d. lib.* 2. *quaest.* 90. *num.* 14.
(4) *Sed a lege d. Novell.* 118. *cap.* 1., *et* 3.
(5) *Fab. d. def.* 1. *in fin. princip.*, *Thesaur. d. lib.* 2. *quaestion.* 90. *num. ult.* ✠

§. 556.

Sed quid, si mater non tantum pro se, sed etiam pro suis haeredibus renunciaverit? Sunt, qui indistincte putant, matris renunciationem filiis nocere (1): alii, inter quos Faber, sentiunt, filios ex propria persona, et proprio jure adhuc succedere posse, sive ascendentibus, sive collateralibus, nisi mater nominatim renunciaverit pro filiis suis, idest caverit, filios suos nihil unquam in successione petituros (2): quo sane

câsu filii non nisi repudiata matris haereditate avitam, vel consanguinei successionem habere possunt (3).

Inst. l. 3. tit. 3. ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55.

(1) *Voet in Pandect. ad Senat. Consult. Tertyll. lib.* 38. *num.* 6. *prop. fin.*
(2) *Fab. cod. de pact.. lib.* 2 *tit.* 3. *definit.* 1. *num.* 12., *et* 13. *in corp.*
(3) *L. Cum a matre* 14. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.), *Thesaur. d. lib.* 2 *quest.* 90. *num.* 15. ✠

§. 557.

Quaestiones de vi renunciationis maternae odio filiorum, jure regio sublatae sunt; quippequo cautum, ut renunciatio matris non tantum ipsam a successione excludat, sed etiam descendentes ab ipsa, licet haeredes non sint (1): lex regia solos a foemina descendentes commemorat, adeoque nec alios foeminae consanguineos complectitur, nec pertinet ad descendentes a masculis, qui occasione religiosae professionis renunciaverint (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 15. §. 3.
(2) *Argum. l. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellat.* (7. 62.)

§. 558.

Opportune hic monendum est, renunciationem factam sub conditione professionis religiosae non nocere, nisi professionem allegans eam secutam fuisse probet (1). Probatur autem professio ex libro monasterii, vel autentico ejusdem extracto, ut ajunt: nec sufficit, si quis dicat, quamvis notarius is sit, se ita vidisse scriptum in eodem libro: neque probatur ex enunciatione ejusdem professionis in aliquo actu, puta dispensationis transeundi ad aliam religionem, si professionem negans hanc produxerit ad alium finem, cum solitis protestationibus, et pars adversa eam non acceptaverit, seu non probaverit; quia hinc quidem conjecturae, non vero certa probationum argumenta desumi possunt; quae tamen necessaria sunt, ut quis repellatur a jure alioquin sibi competente (2).

(1) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)
(2) *Argum. l. Census* 10., *et l. ult. ff. eod. tit.*

§. 559.

Cum renunciatio omnis odiosa sit, nec proinde extendi debeat contra renunciantis mentem, inde unanimes inferunt pragmatici, eas tantum successiones continere, de quibus expressa mentio facta fuerit (1); adeoque ad maternam successionem admittendum esse eum, qui paternae tantum renunciavit; neque prohiberi, quominus succedat fratri, qui tum paternam, tum maternam haereditatem alteri per renunciationem cessit (2): tum maxime, quia nemo facile praesumitur jura sua jactare velle (3).

(1) *V. De hac re Tom. IV. pag.* 364. §. 1394. *ad* 1397.
(2) *L. Cum Aquiliana* 5. *ff. de transactionib.* (2. 15.)
(3) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 560.

Hoc ita, si renunciatio specialis sit: quod si generalibus verbis concepta fuerit de omnibus juribus, quae ad renunciantem spectare possunt, tunc renunciatio occasione matrimonii, vel religiosae professionis facta (§. 552.) complectitur successiones omnes paternas, maternas, fraternas, et sororum: nec non omnes, quae proficiscuntur ab ascendentibus, aut collateralibus, juraque jam delata, legitimae etiam, aut ejusdem supplementi (1), quae in omni successionis renunciatione tacite subintelligi jubetur (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 15. §. 2.
(2) *Reg. Constit. d.* §. 2. *in fin.*

§. 561.

Quinimmo, etiam praecisa lege municipali, renunciatio nominatim concepta de fraternis bonis ad sororis successionem extendi potest, potissimum si amplissima sint

Inst. l. 3 tit. 1. ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55.

renunciationis verba, puta de juribus omnibus, quomodocumque competentibus, et similibus (1): quamquam prudentis judicis arbitrium in hac re vertitur; atque singula adjuncta pensanda sunt, et cavendum, ne renunciatio ad incogitata trahatur (2).

(1) *Argum. l. Tres fratres* 35. *ff. de pact.* (2. 14.): *Ubi Jureconsultus tres fratres initio haereditatem divisisse refert; tum duos masculos, et foeminam commemorat.*

(2) *L. Cum Aquiliana* 5. *ff. de transaction.* (2. 15.)

§. 562.

Huic proxima est quaestio, utrum renunciatio futurae successioni ex caussa laesionis irrita fieri possit. Affirmantium sententiam alibi defendimus, si laesio saltem enormis sit (1); eaque probetur (2); etenim contractus omnes rite, et ad normam aequitatis celebrati praesumuntur: laesio autem plerumque ea sola inspicitur, quae renunciationis tempore extitit, non quae deinceps supervenit (3): nec tenet fidejussio, cum nulla sit obligatio in renunciante (4).

(1) *V. Tom. IV. pag.* 364. §. 1398.

(2) *L. Quoties operae* 18. §. 1. *ff. de probation.* (22. 3.)

(3) *V. d. Tom. IV.* §. 1398. *pag.* 364.

(4) *L. Stipulatus* 6. §. *ult.*, *l. Fidejussor* 16. §. *Fidejussor* 3. *ff. de fidejuss.* (46. 1.)

§. 563.

Si renunciatio per restitutionem in integrum rescindatur, quod ad jus renunciantis pertinet, interest, an ille, cujus successioni renunciatum fuit, decesserit testatus, an intestatus. Si pater cujus successioni filia renunciaverit, testamentum fecerit, sola competit actio ad legitimae supplementum (1); neque enim irritum deinceps fit testamentum, licet renuncians in eo praeteritus fuerit; cum impune praeteriri potuerit (2), ex communi pragmaticorum sententia; quia nempe renuncianti, quamdiu renunciatio subsistit, jus legitimae successionis non competit.

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 8. *in princip.*

(2) *Fab. dict. definit.* 8. *num.* 1. *in corp.*

§. 564.

Sed, si intestatus decesserit ille, cujus successioni renunciatum est, atque renunciatio rescindatur, renuncians virilem in haereditate partem habet (1); sublato enim per restitutionem impedimento renunciationis, jus renunciantis plene reviviscit. Sane in utroque casu fructus vel legitimae, vel virilis portionis a die mortis debentur (2).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *dict. definit.* 8. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Papinianus* 8. §. *Unde, si quis* 11. *ff. de inoffic. testam.* (5. 2.). *Fab. d. definit.* 8. *num.* 5. *in corp.*

§. 565.

Supra diximus, valere renunciationes factas sive a masculis, sive a foeminis occasione religiosae professionis (§. 552.), si modo de solemnibus votis emissis constet (§. 558.): quaeri potest; utrum renunciatio irrita fiat, si monachus religionem deserat, legitimo auctorante superiore, seu summo Pontifice. Distinguendum, prout distinximus, cum de intestatae successionis jure agebamus (§. 259., et 260.): si professio religiosa non tam rescindatur, quam irrita declaretur ab initio ex caussa vis, metus, aliave simili, renunciatio, quae ab ea pendet, necessario corruit, proinde ac si nunquam secuta fuisset (1).

(1) *L. Nihil dolo* 129. §. 1. *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 566.

Aliud profecto affirmandum, si monachus justa quidem ex caussa, sed quae post solemnia emissa vota supervenerit, puta morbo, religionem deserat, atque ad saeculum revertatur; etenim dispensatio haec professionem religiosam ab initio valuisse supponit, et consequenter renunciationem, quam dispensatio non revocat in odium

eorum, quibus jus per renunciationem plene quaesitum est (1), saltem si haereditas jam delata fuerit, cum dispensatio obtinetur (2). Inst. l. 3. tit. 1 ff. l. 38. tit. 16 Cod. l. 6. tit. 55

(1) *Argum. l. Nec avus* 4. *cod. de emancipation. liberor.* (8. 49.)

(2) *V. supra* §. 260.

§. 567.

Renunciatio facta occasione matrimonii carnalis, vel spiritualis a filia, vel a masculo religionem profitente apud nos vim habet, licet decreto judicis neutiquam munita sit, et a minore facta (§. 552.). Lex haec favore agnationis lata videri potest, atque ideo dubitari, utrum ad omnes casus pertineat, tametsi cognatorum, sive personarum per foeminas conjunctarum, aut mulierum favore secuta fuerit. Verum, cum legis verba generalia sint, arctioribus limitibus concludi non debet (1): maxime cum omnis interpretatio, extensio, vel limitatio prohibeatur (2).

(1) *L. De pretio* 8. *ff. de Publician. in rem action.* (6. 2.)

(2) *Reg. Constit. in prooem.* §. 2.

§. 568.

Sed quid dicendum, si persona expressa non sit, cujus favore renunciatio cedat? Fingamus, patrem, cum filiae nupturae dotem constitueret, ab ea requisivisse, ut omnibus cujuscumque consanguinei successionibus renunciaret: non tamen adjecta persona, cui emolumentum renunciationis acquiratur. Si juris subtilitas inspiciatur, renunciatio nullius est momenti; neque enim leges probant, ut quis jura sua abjiciat, nisi in alium transferantur (1).

(1) *Argum. l. Filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 569.

Aequitate tamen, et contrahentium voluntate inspecta, dicendum est, hanc renunciationem valere (1), tum favore patris dotem renuncianti filiae constituentis, tum favore filiorum: favore quidem patris, vi contractus reciproci, qui alioquin claudicaret, si pater nullum ex renunciatione filiae lucrum haberet (2); tum favore filiorum, quibus pater praesertim nobilis consulere, et acquirere velle praesumitur (3).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 7. *num.* 9., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Titia* 134. §. *penult. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *l. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. inter emptor., et venditor.* (4. 54.)

(3) *Fab. d. definit.* 7. *num.* 9.

§. 570.

Hinc patet, etiam praecisa lege municipali (1), patrem pro filiis stipulari posse; ita ut valeat renunciatio favore filiorum, licet absint filii (2); cum immo praesumpta patris filiis voluntas sufficiat, ut renunciationis emolumentum ipsis, si haeredes sint, acquiratur (3): nec interest, quod dos integra ex bonis patris profecta fuerit (4); quia patri, utpotequi optimum pro filiis consilium capere existimatur (5), speciatim permissum fuit, ut legem hanc rebus suis dicat (6): quamquam ex juris Romani subtilitate filii utique patri pacisci possunt, non pater filiis (7).

(1) *Apud nos ratae habentur hujusmodi renunciationes, licet absit ille, cujus successioni renunciatur, vel in cujus favorem renunciatio cessura est. Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 15. §. 1. *in fin.*

(2) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 9. *num.* 1. *in corp.*, *et defin.* 26. *num.* 4.

(3) *L. Tale pactum* 40. §. *ult. ff. eod. tit. de pact.* (2. 14.), *Fab. d. defin.* 7. *num.* 9. *in corp.*

(4) *Fab. cod. de pact. d. definit.* 7. *num.* 9. *in corp.*

(5) *L. penult.* §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. ult. cod. de curator. furios.* (5. 70.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55.

(6) *Argum. dict. l.* 40. §. *ult. ff. de pact.*

(7) *L. Cum dos filiae* 7. *ff. de pact. dotalib.* (23. 4.)

§. 571.

Patri ergo pro filiis pacisci licet, ut renunciatio filiis prosit (§. praeced.), non vero matri: sicut nec frater fratri (1): nisi aliud lege municipali cautum sit, prout cautum apud nos videtur; cum generatim, et nulla facta personarum enumeratione, vel distinctione statuatur, ut renunciationes occasione matrimonii, vel religiosae professionis valeant absente licet eo, cujus favore successioni renunciatur (2).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. definit.* 9. *allegat.* 4.

(2) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 15. §. 1. *in fin.*

§. 572.

Hactenus dicta fere pertinent ad successionis futurae renunciationes, quae fiunt occasione matrimonii carnalis, vel spiritualis: quod si extra hos casus renuncietur, ex communi pragmaticorum sententia requiruntur conditiones a Romanis legibus praefinitae (1): atque potissimum, ut consentiat ille, cujus successioni renunciatur (2): hic porro consensus, si Fabro credimus, expressus esse debet, nec sufficit tacitus (3): puta quod absens sciverit pactum, et conventionem facto probaverit, dotis partem solvendo, quam frater sorori renuncianti promiserat (4).

(1) *Tom. IV. pag.* 362. §. 1388., *et* 1389.

(2) *L. ult. cod. de pactis* (2. 3.)

(3) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 3. *num.* 3. *in corp.*, *et num.* 4. *in allegation.* ✠

(4) *Fab. d. definit.* 3. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*

§. 573.

Quo autem fundamento recedendum sit a generali juris regula, ex qua taciti eadem vis est ac expressi, cum de alicujus voluntate quaestio est, potissimum alterius favore (1), innuit idem Faber, hanc juris diversitatem repetendam ex eo esse, quod hujusmodi pactiones odiosae sunt (2), utpotequae votum captandae mortis inducunt (3): an recta ratiocinatio fit, judicent alii.

(1) *L. Soluto matrimonio* 2. §. *ult. ff. solut. matrim.* (24. 3.)

(2) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. definit.* 3. *allegat. ult.*

(3) *D. l. ult. cod. de pactis* (2. 3.)

§. 574.

Sane fatetur laudatus modo Faber, pactum de viventis inscii haereditate, licet ab initio non valeat, confirmari, si postea ille, de cujus haereditate actum est, sciverit, atque expresse consenserit (1); neque enim lex (2) ullum tempus definit, quo consensus praestari debeat: proinde valet hoc pactum, et vires suas exerit, si modo consentiens, sive ab initio, sive postea in hac voluntate perseveraverit (3).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 10. *in princ.*

(2) *L. ult. cod. eod. tit. de pactis* (2. 3.)

(3) *D. l. ult. prop. fin.*

§. 575.

Si quaeratur, cujus lucro cedat portio filiae, quae, accepta dote, paternae successioni renunciavit, respondemus, eam haeredi a patre scripto accrescere, non caeteris filiis, aut filiabus, qui renunciarunt (1); jus enim pater per renunciationem filiae comparavit, quod pro arbitrio in haeredem suum transfert (2); nec ad filios, licet illis consulere voluisse pater praesumatur (§. 569.), pervenire potest contra patris voluntatem.

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 28. *in princ.*

(2) *L. Haeredem* 59. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 576.

Cum ergo ad patrem vere spectet portio filiae renunciantis, si separanda sint bona haeredis a bonis testatoris, ut detractiones e fideicommisso fiant; ea portio magis computanda est in bonis defuncti, quam haeredis, quasi accreverit haereditati, non haeredi (1); quia nec aliquid habere potest haeres, quod prius non fuerit haereditatis (2): ex quo infertur, portionem hanc venire in fideicommissum (3); cum sit haereditatis (4). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 38. tit. 16. Cod. l. 6. tit. 55

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 28. *num.* 1., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1. §. *Scaevola* 15. *ff. Si is, qui testament. liber. esse jus. est* (47. 4.)

(3) *Fab. d. defin.* 28. *allegat. ult.*

(4) *L. In fideicommissaria* 18. §. *Quoties* 2. *ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.)

§. 577.

Exceptionem habet jurisprudentia haec de portione filiae renunciantis haereditati accrescente, si haeres ipse post mortem patris dotem de suis bonis filiae solverit, vel si pater favore filii stipulatus sit filiae renunciationem (1); in his enim duobus casibus portio filiae renunciantis acquiritur haeredi ipsi, vel ex proprio facto, quia dotem solvit; vel voluntate patris dotem constituentis: adeoque in fideicommissum non venit (2).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3., *defin.* 28. *allegat. ult.* ✠

(2) *Fab. d. allegat. ult. in fin.*

§. 578.

Caeterum apud omnes constat, per renunciationem futurae successionis amitti quidem jus succedendi ab intestato, non autem ex testamento (1); neque enim renunciatio impedire potest, quominus pro arbitrio, atque etiam renunciantis favore de suis bonis disponat ille, cujus successioni renunciatum est (2); alioquin in odium ipsius detorqueretur, quod pro sui commodo stipulatus est, contra aequitatem (3).

(1) *L. ult. cod. de pact.* (2. 3.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 27. *num.* 4. *in corp.*

(2) *Dict. l. ult. prop. fin.*, *l. Pactum, quod dotali* 15. *in fin. cod. eod. tit.*

(3) *L. Nulla juris* 25. *ff. de legib.* (1. 3.), *l. Quod favore* 6. *cod. eodem tit.* (1. 14)

§. 579.

Quinimmo pater, cujus favore, quove stipulante, filia successioni renunciavit, efficere potest, ut ad intestatam successionem ipsa admittatur. Fingamus, filiam, cum dotem a patre accepit, renunciasse haereditati tum paternae, tum fraternae: si pater velit, fratri ab intestato succedere potest; videlicet sublato impedimento renunciationis, quae in favorem patris facta fuit (1).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. defin.* 27. *num.* 3. *in corp.*

§. 580.

Non expresse dumtaxat, sed etiam tacite demonstrare potest pater, se velle, ut filia ab intestato, non obstante renunciatione, succedat fratri: puta si filiam renunciantem substituerit fratri, si sine liberis moreretur, in omnem casum, seu vulgariter, pupillariter, et per fideicommissum, simul cum filia, quae non renunciavit (1); quia hoc ipso, eandem utriusque filiae conditionem tum in fideicommisso, tum in legitima successione esse debere, pater significat (2), ut par in omnibus fiat determinatio, neque eadem res diverso jure censeatur, quod juris regulae non patiuntur (3).

(1) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. def.* 27. *in princ.*

(2) *Fab. d. def.* 27. *num.* 2., *et* 3. *in corp.*

(3) *L. Jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar., et pupillar. substitut.* (28. 6.)

§. 581.

Sed haec caute accipienda sunt, atque coercenda, ait Faber, ad eum casum, quo filius, seu frater renunciationem a sorore factam ignoraverit, vel ratam non habuerit (1);

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

alioquin filius intestatus decedens, eos haeredes habere velle videtur, quos scit per renunciationem exclusos non esse (2); cum per renunciationem extranei quoad jus successionis effecti sint.

(1) *Fab. cod. de pact. lib. 2. tit. 3. d. def. 27. num. 8., et seqq. in corp.*

(2) *L. Si quis 3., l. Conficiuntur 8. §. 1. ff. de jur. codicillor.* (29. 7.)

§. 582.

Nihil sane interest, quod pertinet ad patrem, vel etiam filium, seu fratrem expresse, aut taeite consentientem, an ratum, an imperfectum sit testamentum, quo pater filiae renuncianti successionis intestatae beneficium restituit (1); quia etiam ex actu nullo dignoseitur voluntas (2): hic autem nuda voluntas sufficit, nec solemnitas ulla requiritur, ut quis jura sibi competentia dimittat, et alteri (3) restituat.

(1) *Fab. cod. de pact. lib. 2. tit. 3. d. definit. 27. allegat. 4.* ✠

(2) *L. ult. ff. de reb. eor. etc.* (27. 9.), *l. Licet 20. ff. de adimend. legat.* (34. 4.)

(3) *L. Si quis in conscribendo 29. cod. de pact.* (2. 3.)

§. 583.

Quaedam in hac re pro coronide animadvertenda supersunt. Primum est, in successione intestata servari leges loci, quo posita sunt bona immobilia, vel quae pro immobilibus habentur: ita ut tot censeantur haereditates, quot sunt diversae locorum leges: bonorum autem mobilium successio defertur secundum leges loci, in quo defunctus domicilium habebat: cum haec penes dominum esse fingantur (1).

(1) *V. Tom. I. pag.* 129. §. 289., *tum* §. 301., *et* §. 312. *ad* 318.

§. 584.

Alterum est, consanguinitatem probandam esse ab eo, qui vult ab intestato succedere (1): non tamen probanda est proximitas, sed ille, qui proximiorem alium consanguineum adesse allegat, probare tenetur (2): nisi certo constet, alium proximiorem existere: quod si plures sint constituti in eodem gradu, atque unus totam successionem odio creditorum sibi deberi contendat, ajens, caeteros adire nolle, nonnisi partem recte petit, donec certa sit haec haereditatis neutiquam adeundae voluntas; cum fieri possit, ut caeteri deliberent, utrum adire, an repudiare velint (3).

(1) *Ab-Eccles. observation. forens. part.* 1. *observat.* 153. *num.* 6.

(2) *Ab-Eccles. d. observation.* 153. *num.* 8.

(3) *Argum. l. Quoties operae 18. ff. de probationib.* (22. 3.)

TITULUS II.

De collationibus.

Instit. lib. 3. tit. 1. *De haereditat., quae ab intest. deferunt.*

Digest. lib. 3. tit. 6. } *De collationib.*
Cod. lib. 6. tit. 20. }

SUMMARIA.

Collatio post Justiniani constitutionem locum habet etiam in successione testamentaria. §. 585.

Collatio est contributio rei propriae in communem haereditatem. §. 586.

Quae sint de collatione capita sigillatim expendenda? §. 587.

§. 585.

Quamvis collatio, si ex novo jure, quod Justinianum auctorem habet, res definiatur, locum habeat non tantum in successione intestata, sed etiam in testamentaria,

nisi pater aliud expresse caverit (1), antea tamen conferendi necessitas non vigebat, nisi quis ab intestato succederet, vel ita succedere fingeretur (2): atque ideo de ea agere opportunum visum fuit, post explicatas successionis intestatae leges. Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6., *unde sumpta Auth. Ex testamento, post. l.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *D. Novell.* 18. *cap.* 6., *l. Pomponius Philadelphus* 35. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

§. 586.

Collatio definiri potest contributio rei propriae in communem haereditatem: ex hac definitione patet, conferendam esse rem propriam, seu cujus dominium quis consecutus est, alio, quam successionis jure, ab eo, qui cum aliis succedere vult: ut ita servetur aequalitas, prout suadet praesumpta voluntas defuncti, cui plures succedere contendunt.

§. 587.

Haec sunt de collatione breviter, sedulo tamen exponenda. 1. Qui ad eam teneantur. 2. Quibus in casibus collationis necessitas incumbat. 3. Quae res conferri debeant. 4. Quomodo fiat collatio.

CAPUT I.

Qui conferre teneantur.

SUMMARIA.

Filii emancipati etiam jure vetere conferre tenebantur, si patri ab intestato una cum suis successissent. §. 588.

Filii emancipati non conferunt suis, nisi quatenus sui damnum subire possunt ex successione emancipatorum. §. 589.

Emancipati filii ex testamento succedentes collationis onere olim non adstringebantur. §. 590.

Filii emancipati inter se non conferebant. Quare? §. 591.

An sui suis, vel emancipatis olim in parentum successione conferre tenerentur? §. 592.

Collatio maxima nititur aequitate, ut servetur aequalitas inter liberos, quos parens aeque diligere praesumitur. §. 593.

Filii emancipati novissimo jure conferunt tum suis, tum emancipatis, sive ab intestato, sive ex testamento succedant. §. 594.

Collatio in testamentaria successione ad illos tantum pertinet, qui ab intestato successuri fuissent. §. 595.

Nepotes, vivo ipsorum patre, ab avo instituti neque cum patruis, neque cum patruorum liberis conferunt. §. 596.

Nepotes jure repraesentationis avo succedentes inter se conferre tenentur, si nulli superstites sint patrui. §. 597.

Proponitur duplex quaestionis caput, utrum nepotes jure repraesentationis venientes conferre debeant, si cum patruis avo succedant? §. 598.

Nepotes avo cum patruis succedentes conferre tenentur, quod ab avo consecuti sunt. §. 599.

Neptis emancipata, atque ab avo dotata, olim soli fratri, non patruo conferebat. §. 600.

Quid si neptis emancipata, atque dotata ab avo fratrem in potestate retentum superstitem non haberet, sed patruum dumtaxat, aut praedefuncti patrui filios? §. 601.

Consanguineos remotiores melioris, quam proximiores, conditionis esse non decet. §. 602.

Inst. l. 3. tit. 4. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

Nepotes avo succedentes jure repraesentationis conferre tenentur, quod ab ipso, sive vivo patre, sive post ejus mortem, habuerunt. §. 603.

Collatio proxime pendet a jure successionis. §. 604.

Nepotes, qui jure repraesentationis avi successionem nanciscuntur, conferre tenentur, quod praemortuus parens conferre debuisset, si avo, seu patri suo supervixisset. §. 605.

Patrui conferre tenentur, quod a patre acceperunt, fratrum suorum praedefunctorum liberis. §. 606.

Nepotes conferre debent, quod parens contulisset, si parens dolo, vel culpa sua possidere desierit. §. 607.

Quid si res perierint absque dolo, vel culpa parentis? §. 608.

Nepotes bona patri quaesita conferunt, quamvis ipsorum legitima ex collatione minuatur. §. 609.

Nepotes collationis onere adstringuntur pro iis rebus, quas parens, cujus gradum repraesentant, conferre debuisset, tametsi paternam, vel maternam haereditatem repudient. §. 610.

Quid si mater dotem accipiens renunciaverit successioni favore avi, tum ipsa praedecesserit? §. 611.

Nepotes dotem matri ab avia traditam conferre tenentur, quamvis haec stipulata fuerit, dotem filiae restitui, non sibi. §. 612.

Stipulatio de dote filiae restituenda sufficiens inaequalitatis inter liberos inducendae argumentum non praebet. §. 613.

Quid si nepotes, cum soli sunt, quamvis impari numero ex diversis praedefunctis filiis, in capita succedant vi singularis statuti? §. 614.

Collatio in successione ascendentium viget inter descendentes, cujuscumque gradus sint. §. 615.

Filii patri succedentes ex testamento inter se conferre tenentur, licet extraneus haeres simul scriptus a patre fuerit. §. 616.

Qua ratione in hac specie collatio fieri debeat? §. 617., *et* 618.

Collationis necessitas non viget, neque inter ascendentes, neque inter collaterales. §. 619.

Consanguinei transversales invicem conferunt, si testator expresse, vel tacite ita caverit. Quibus indiciis tacita haec voluntas colligi possit? §. 620.

§. 588.

Cum quaeritur de personis, quibus conferendi necessitas incumbat, nec ne, jus antiquum a novo secernendum est. Vetere Romanorum jure filii emancipati conferre tenebantur, si ad paternam successionem una cum suis, seu filiis in potestate retentis concurrerent (1): quod maxima aequitate, prout animadverit Ulpianus, inductum fuit: cum enim praetor emancipatos ad bonorum possessionem contra tabulas vocaret una cum suis; nisi emancipati contulissent, quod sua industria fortassis acquisierant, damnum subiissent sui, qui propter patriae potestatis vinculum nihil sibi, totum patri acquirebant (2).

(1) *L. 1. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 1. in princ.*, §. 1. *instit. per quas person. nob. acquirit.* (2. 9.)

§. 589.

Ergo, cum a praetore inducta collatio sit, ut aequalitas servetur inter filios suos, et emancipatos; neve beneficium bonorum possessionis contra tabulas, emancipatis ab ipso concessum, suis noxium sit, sponte sequitur, collationis necessitatem non incumbere, nisi quatenus sui damnum sentire possunt ex vocatione emancipatorum (1). Quare, si filius suus ex dodrante institutus sit, extraneus ex quadrante, emancipatus,

bonorum contra tabulas possessionem accipiens, bona sua tantum pro quadrante conferre tenetur, quia solum quadrantem fratri aufert (2). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *L.* 1. §. *Toties* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. §. *Si ex dodrante* 3. *ff. hoc tit.*

§. 590.

Eadem ratione pater emancipatus, conjunctus ex edicto praetoris (1) cum liberis suis in avi potestate retentis, conferre dumtaxat tenetur nepotibus, seu filiis a se progenitis, non vero caeteris, quia postremis partem non aufert (2). Quod si liberi emancipati ex testamento succederent, cessabat collationis praeceptum, quia laesio, seu inaequalitas, si qua fortassis esset, non ex praetoris edicto, sed ex patris testantis voluntate proficiscebantur (3).

(1) *De quo in Pandect. lib.* 37. *tit.* 8. *de conjungend. cum emancipat. liber. ejus.*

(2) *D. l.* 1. §. *Si ex dodrante* 3., *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. §. 1. §. *Vel maxime* 6., *et seq. ff. hoc tit.*

§. 591.

Hinc etiam emancipati per bonorum possessionem succedentes patri suo inter se conferre non tenentur; quia sibi invicem non nocent (1); quod enim unus forte ex his liberis majorem bonorum partem acquisierit, accepto fert propriae industriae: adeoque inaequalitas ex proprio liberorum facto profluit, non ex edicto praetoris, cui soli prospicere voluit idem praetor per collationem (2).

(1) *L. Cum emancipati* 2. §. *Si tres emancipati* 5., *l. Praetor* 3. §. *Julianus* 2. *ff. hoc tit.*, *l. Si emancipati* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit. V.* §. 588.

§. 592.

Postremo nec sui suis, nec emancipatis conferunt; tum quia sui ex edicto praetoris nihil consequuntur, sed tantum emancipati (1): tum quia sui jure vetere Romanorum, uti jam innuimus (§. 588.), nihil proprium habebant; quod si habuissent, puta si filia dotem a patre accepisset, eam conferre tenebatur, si una cum fratribus, et sororibus ad paternam successionem admitti vellet (2).

(1) *D. l.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princip. ff. de dot. collation.* (37. 7.)

§. 593.

Haec jure novo partim mutata, partim retenta sunt; licet enim praetoriae bonorum possessiones fere inoleverint; quia tamen collationis usus firmissima ratione nititur, videlicet inducendae aequalitatis inter liberos (1), quos pater aeque diligere praesumitur (2), idcirco posterioribus Romanorum sanctionibus potius ampliatus, quam imminutus fuit, prout ex dicendis elucescet.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. penult. in fin. princ. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

§. 594.

Cum igitur Justinianus liberos emancipatos, aeque ac suos in potestate retentos, ad intestatam parentum haereditatem vocaverit (1), conferre idcirco tenentur non tantum suis, sed etiam emancipatis, si qui sint; quemadmodum et emancipati inter se conferunt, tum in legitima, tum in testamentaria successione, nisi in hac parens aliter caverit (2), prout suo loco explicabimus; ut aequalitas inter liberos omnes inducatur juxta parentum votum (§. praeced.)

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1.

(2) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6., *Auth. Ex testamento cod. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

§. 595.

Collatio, prout ex dictis patet, nititur praesumpta defuncti voluntate, ne inaequalitas inducatur inter eos, quos aeque diligere censetur defunctus (§. 593.): quo fundamento Justinianus eam protraxit ad successionem testamentariam, nisi aliud cautum sit (§. praeced.): proinde liberi, etiam ex testamento succedentes, bona sua conferre tenentur, utique si fuissent defuncto ab intestato successuri: puta filii primi gradus, vel etiam nepotes, sed praemortuo ipsorum patre.

§. 596.

Quod si fingamus, ab avo institutos fuisse nepotes, cum adhuc viveret ipsorum pater, quem exhaeredaverit, nepotes hi, sive cum patruis concurrant, sive cum praedefunctorum patruorum liberis, propria bona conferre non teneutur: atque idem dicendum, si avus nepotes ex semisse haeredes scripserit, ipsorum vero parentem ex altero semisse (1); cum enim in neutro casu nepotes avo legitimi haeredes sint, cessat aequalitatis inducendae praesumptio, quae collationis juri caussam dedit (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 2. *in med.*

(2) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit., d. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

§. 597.

Si nepotes, praemortuo patre, jure repraesentationis avo succedant, atque soli sint, idest nulli supersint patrui, fatentur omnes, ad collationem erga fratres suos teneri (1); et merito, cum enim filii, qui proprio jure ad paternam successionem veniunt (2), conferre teneantur, quae a patre prius habuerunt (3); potiori ratione hoc onus injungendum est nepotibus, ne melior sit conditio eorum, qui gradu remotiores sunt, et beneficio repraesentationis uti debent (4).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 3. *in princip.*

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1. *in princip.*

(3) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(4) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *in med.*

§. 598.

Sed non eadem est omnium sententia, cum quaeritur, utrum nepotes, quorum pater praemortuus est, collationis onere adstringantur, si concurrant ad avi successionem cum patruis: atque haec quaestio duplicem sub se continet: nimirum quaeri potest 1. Utrum nepotes conferre teneantur in haereditate avi, quod ipsi ab avo acceperunt. 2. An eadem conferendi necessitas vigeat pro illis rebus, quae parentibus nepotum intermediis ab avo datae fuerint, quas ideo pater ipsorum praemortuus conferre debuisset, si superstes fuisset, sive nepotes patri haeredes fuerint, sive ab illius haereditate abstinuerint.

§. 599.

Quod ad primum quaestionis caput spectat, utrum nepotes venientes cum patruis in haereditate avi conferre teneantur, quod ipsi ab avo acceperunt (puta nepos ex caussa donationis propter nuptias, vel neptis ex caussa dotis), quidquid alii sentiant, probabilior, nec non aequitati magis consentanea videtur sententia affirmantium. Ulpianus speciem pertractans de nepte, quae dotem ab avo suo consecuta fuerat, collationis oneri eam subjicit, tum erga patruum, tum erga nepotem, vel neptem ex alio patruo: *sed, si sit neptis sola*, ait Jureconsultus, non etiam nepos ex eodem, *tunc confertur* patruo, itemque nepoti, vel nepti ex alio (1): ergo Ulpianus sentit, collationem aeque vigere cum patruo, ac cum nepotibus.

(1) *L.* 1. §. *Sed si sit* 3. *ff. de dot. collation.* (37. 7.)

§. 600.

Nec movet, quod in eodem textu ait Ulpianus, neptem, quae fratrem habeat, soli fratri conferre, non patruo dotem, quam ab avo habuit (1); hoc enim juris antiqui

vestigium est, ex quo, si avus mortuus fuisset, relicto filio in potestate, atque nepote pariter retento in potestate, ex altero filio praedefuncto, et nepte emancipata a se dotata, neptis haec soli fratri nocebat, non patruo; videlicet patruus integrum haereditatis semissem consequebatur, nec per bonorum possessionem emancipatae nepti a praetore tributam minuebatur portio patrui, sed tantum fratris (2): adeoque fratri, non patruo conferre debebat (3).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *D. l.* 1. §. *Si sit nepos* 2. *ff. de dot. collation.* (37. 7.)
(2) *Argum. l.* 1. §. *Si ex dodrante* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 1. §. *Toties igitur* 5. *V. supra* §. 589., *et seqq.*

§. 601.

Sed si neptis emancipata, atque ab avo dotata sola esset, idest fratrem in potestate retentum superstitem non haberet, ad avitam haereditatem veniens per praetoriam bonorum possessionem cum patruo, aut praedefuncti patrui filiis conferre omnino tenebatur dotem ab avo acceptam (1); quia patrui, vel ejus liberorum portionem minuebat (2). Eodem modo explicandum est alterum Ulpiani responsum (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Sed si sit* 3. *ff. de dot. collation.* (36. 7.)
(2) *D. l.* 1. §. *Totius igitur* 5. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. *ult. ff. de conjungend. cum emancipat. liber. ejus* (37. 8.)

§. 602.

Praeterea, cum dos nepti data ab avo, filii potius contemplatione, quam neptis data sit: atque ideo, mortua in matrimonio nepte, avo quidem praedefuncto, sed superstite patre, quamvis exhaeredato, censuit Jureconsultus dotem hanc, quasi a patre ipso, eujus contemplatione tradita fuit, profectam ad eundem reverti (1): nulla apparet ratio, cur a collationis onere solvatur neptis, quod patri utique incumberet; alioquin remotiores consanguinei melioris essent conditionis, quam proximiores, quod nec aequitas, nec jura civilia patiuntur (2).

(1) *L. Dotem* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 603.

Eadem porro collationis necessitas urget, si nepotes, vivo adhuc patre suo, sive post ejus mortem aliquid consecuti fuerint ab avo, cui jure repraesentationis succedunt (1); etenim in utroque casu viget eadem aequalitatis inducendae caussa, propter quam collatio praescripta fuit (2): legum autem vim potius ex ratione aestimamus, quam ex subtilitate (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 3. *post med.*
(2) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*, *Novel.* 18. *cap. Illud quoque* 6.
(3) *L. Scire leges* 17. *ff. de legib.* (1. 3.), *l. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 604.

Parum movet, quod objiciunt illi, quibus placet, cessare collationem, si avus nepoti donaverit, vivo adhuc patre; videlicet ajunt, jus nepoti quaesitum minui non debere ob mortem patris; sicut enim per patris mortem nepos fit avo suus haeres, cum alioquin pater ei obstitisset, ita et aequum est, ut collationi subjaceat, qua alioquin devinctus non fuisset: maxime cum collatio proxime pendeat a jure successionis (1).

(1) *D. l.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*, *d. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

§. 605.

In altero superius propositae (§. 598.) quaestionis capite etiam contra nepotes respondendum arbitramur, ita ut ad conferendum teneantur, quod praemortuus ipsorum parens, si avo supervixisset, conferre debuisset, sive soli sint nepotes ex diversis

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit 6. Cod. l. 6. tit. 20.

filiis, sive concurrant cum patruis; sive haeredes patri suo sint, sive paterna haereditate abstineant; tum quia generalis est legum sanctio, qua nepotes indistincte jubentur, in avita successione conferre dotem matri suae traditam (1); tum quia suadet aequitas, ne melioris sint conditionis nepotes gradu remotiores avo, quam parens ipsorum proximior (2).

(1) *L. Illam merito* 19. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 16., *et* 18. *V. Tom. VII.* §. 236., 242. *et* 243. *pag.* 59. *et* 60.

(2) *Argum. l. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 606.

Praeterea Justinianus apertis verbis tradit, patruos conferre debere, quae a patre acceperunt, filiis fratrum suorum praedefunctorum (1); cum ergo eadem sit ex trito axiomate correlativorum, seu contrariorum ratio (2), immerito prorsus ab onere collationis eximerentur nepotes gradu remotiores, atque ad successionem intestatam vocati jure repraesentationis (3): quo beneficio cessante successionis participes fieri non possent.

(1) *D. l. Illam merito* 19. *prop. fin. versic. Talem igitur cod. hoc tit.*

(2) *L. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. int. emptor.*, *et venditor.* (4. 54.), *l. Utrum* 7. §. *ult. ff. de reb. dub.* (34. 5.)

(3) *D. l. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.), *Novel.* 118. *cap.* 1. *in med.*

§. 607.

Sed quid, si parens amiserit bona, quae ab avo consecutus est, nepotesne adhuc conferre tenebuntur? Utique, si dolo, vel culpa sua possidere desierit, tum quia factum patris, cujus gradum repraesentant (1), praestare debent filii (2); tum quia longe aequius est, ut dilapidatio patris noceat filiis, quam fratribus, vel praedefunctorum fratrum liberis, quorum jus a dilapidante nullatenus pendet.

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1.

(2) *Argum. l. Ex qua persona* 149. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 608.

Quod si parens nec dolo, nec culpa possidere desierit bona sibi ab avo, seu patre suo donata, quemadmodum ipse ad conferendum non teneretur; quia vir bonis ita arbitraturus non esset (1), ita nec nepotes ad eorum collationem adstringendi sunt, cum patris jure regantur in eo, quod pertinet ad successionem (2).

(1) *L. Cum emancipatis* 2. *De illis* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. Novel.* 118. *cap.* 1.

§. 609.

Nihil porro refert, utrum bona patri quaesita, atque a nepotibus conferenda modica sint, an tantae quantitatis, ut legitima nepotum imminuatur, si reliquis avi bonis jungantur; cum enim nepotibus major legitima non debeatur, quam patri, vel matri, ut alibi demonstravimus (1): pater vero, et mater ad hanc collationem obstricti fuissent (2), aequitatis specie solvi non debent ab onere conferendi nepotes, qui in locum parentum succedunt (3): praeterquamquod legitimae nepotum deminutio legis potestate fieret, non avi, vel parentis voluntate.

(1) *V. Tom. VII. pag.* 21. §. 69., *et seqq.*

(2) *Novel.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(3) *D. Novel.* 118. *cap.* 1.

§. 610.

Nec etiam interest, utrum nepos maternam, puta, haereditatem repudiet, an agnoscat; tum quia leges nepotes ad conferendum adigunt, si velint avo succedere, nulla facta distinctione inter adeuntes, vel repudiantes parentum proximiorum haereditatem (1); tum quia rationes modo allatae (§. praeced.) aeque conveniunt nepotibus, paternam, vel maternam successionem repudiantibus, ac adeuntibus; nam verum est in

utroque casu, nepotes jure repraesentationis uti, et in locum praemortuorum parentum ingredi, ut ita cum proximioribus, a quibus alioquin excluderentur, admitti possint (2). Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *D. l. Illam merito* 19. *cod. hoc tit.*

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *in med.*

§. 611.

Sed quid dicendum, si mater dotem accipiens favore patris, vel matris, renunciaverit juri successionis intestatae; tum praedecesserit mater, atque ideo fiat locus nepotibus (1)? Etiam in hoc casu dotem matri traditam nepotes conferre tenentur, et in legitimam imputare, licet a materna haereditate abstineant (2); quia et in hoc casu militant hactenus exposita rationum argumenta: adeoque idem jus statui debet (3).

(1) *V. supra* §. 553.

(2) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 17. *V. Tom. VII.* §. 240., *et* 241., *pag.* 60. *Thesaur. decis.* 237. *in additionib. littera* D.

(3) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 612.

Dubitari potest, utrum nepotes teneantur conferre dotem matri datam ab avia, si haec stipulata fuerit, dotem non sibi, sed filiae restitui. Verum nec in hoc casu nepotes ab onere collationis solutos putamus; quia Justiniani constitutio tum masculini, tum foeminei sexus parentes complectitur (1); atque eadem praesumitur voluntas matris, ac patris, ne majorem consequantur haereditatis portionem nepotes ex filia, quam filia ipsa, si viveret (2).

(1) *D. l. Illam merito* 19. *cod. hoc tit.*

(2) *Novel.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

§. 613.

Difficultatem utique movet stipulatio a matre dotante facta, qua, dotem filiae restitui conventum est; verum, licet per hanc stipulationem dos filiae plene quaesita videri possit, ne unquam ad dotantem revertatur, non tamen praesumenda est mater hinc voluisse inaequalitatem in successione inducere inter liberos, quos aeque diligere judicatur (1): multo minus favore nepotum gradu remotiorum (2).

(1) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. penult. in fin. princip. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(2) *Argum. l. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1)

§. 614.

Una huic jurisprudentiae exceptio admitti potest, in eo videlicet casu, quo singulari loci statuto cautum sit, ut nepotes, si soli sint, quamvis impari numero ex diversis filiis praedefunctis, succedant in capita, non in stirpes: cum enim, hac posita lege, nepotes ex propria persona, et proprio, non parentis, seu repraesentationis jure veniant ad successionem avi, aequum utique est, ut conferant, quod ipsi ab avo consecuti sunt, non quod ab avo habuit praedefunctus eorum parens, ex cujus persona, seu gradu successionis emolumento non gaudent (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 4. *in fin.*

§. 615.

Igitur collatio locum habet in successione ascendentium inter descendentes, sive primi, sive ulteriorum graduum, sive nepotes sint, sive pronepotes; cum enim collatio liberorum ultra filios primi gradus potissimum ex jure repraesentationis pendeat (1), atque hujusmodi beneficium nepotibus quoque, et caeteris deinceps competat, et necessarium sit, ut ad successionem admittantur una cum descendentibus gradu proximioribus (2), sponte sequitur eadem conferendi necessitas (3).

(1) *D. l. Illam merito* 19. *cod. hoc tit. V. supra* §. 605.

(2) *Novell.* 118. *cap.* 1. *in med.*

(3) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

§. 616.

Cum ex novissima Justiniani lege collatio fieri debeat non tantum in legitima, sed et in testamentaria successione (1), quaeri potest, quid juris, si pater haeredes scripserit, tum filios, tum extraneos? Quidam putant, conferendi necessitatem in hac specie remitti, quia in extraneis locum habere non potest; adeoque colligunt, nec pro filiis vigere; ne eadem res, seu eadem institutio diverso jure censeatur (2).

(1) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(2) *L. Jam hoc jure* 4. *ff. de vulgar., et pupillar. substitution.* (28. 6.)

§. 617.

Alii tamen congruentius collationis necessitatem in hoc casu defendunt; atque nituntur generalibus Justiniani verbis, collationem inter liberos omnimodo praecipientis, licet pater testamentum condiderit, nisi aliud xpresse statuerit (1): ita autem collatio fiet, ut extranei portionem suam haereditariam accipiant, perinde ac si nihil a filiis conferendum esset; cum apud omnes constet, nec filios extraneis, neque extraneos filiis conferre (2).

(1) *D. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(2) *L. ult. prop. fin., versic. Sin autem extranei cod. commun. utriusq. judic.* (3. 38.), *l.* 1. *§. Si ex dodrante* 3. *ff. hoc tit.*

§. 618.

Deinceps, ab extraneis scriptis a patre haeredibus portione sua percepta, quod reliquum est, inter liberos ad successionem vocatos dividitur, sed facta prius collatione earum rerum, quas a patre consecuti sunt (1); atque ita testantis patris voluntas exitum sortitur, tum quoad extraneos, tum quoad filios, aequalitate inter ipsos servata, prout suadet paternae affectionis praesumptio (2).

(1) *Argum. d. l. ult. versic. Sin autem extranei, cod. commun. utriusq. judic.* (3. 38.), *d. l.* 1. *§.* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6., *l. Non solum* 67. *§.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 619.

Collatio, ut ex dictis patet, viget inter descendentes, cum succedunt ascendentibus; non vero inter caeteros: sive extranei sint, sive etiam ascendentes, vel collaterales (1); deficit tum lex, cum nullibi in hisce successionis ordinibus praecepta inveniatur; tum legis ratio, neque enim adest eadem inducendae aequalitatis praesumptio, potissimum in collateralibus, quibus nec haereditatis pars relinqui jubetur. Proinde, si soror a fratre dotata sit; tum ei ab intestato succedat, una cum alio fratre, vel sorore, praecipuam habet dotem, nec eam fratribus conferre cogitur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de collationib. lib.* 6. *tit.* 4. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *Fab. cod. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 1. *in fin.*

§. 620.

Excipiunt interpretes, et pragmatici casum, quo testator aliud expresse, vel tacite caverit; vel aequitas ita suadeat; puta si soror a fratre dotem habuerit, atque inde favore fratris dotantis renunciaverit omni successioni paternae, maternae, et fraternae; tum ipsa, fratre dotante superstite, decesserit, et liberos reliquerit, qui cum patruis ad dotantis postea defuncti intestatam successionem veniant, non obstante matris renunciatione; si enim haeredes matris sint, arbitri familiae erciscundae partes erunt, ait Faber, ut cogat sororis liberos in portionem haereditariam imputare, quidquid ex persona matris, et ob renunciationem maternam ex caussa haereditaria ad eos pervenit (1); nec verisimile est, fratrem sorori dotem daturum fuisse, si scivisset, eam successuram fore; cum eo plane consilio dederit, ut per renunciationem ab haereditate excluderetur.

(1) *Fab. cod. de pactis lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 2. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

CAPUT II.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

Quibus in casibus collatio facienda sit.

SUMMARIA.

Collatio post Justinianum viget etiam in successione testamentaria, nisi parens expresse aliud demonstraverit. §. 621., *et* 622.

Collatio olim tacite remissa judicabatur a parente, qui filios haeredes scripsisset, nulla collationis mentione facta: hodie volita praesumitur, nisi aliud cautum sit. §. 623.

Collationis necessitas in successione testamentaria, non tantum expressa, sed etiam tacita patris voluntate cessare potest. §. 624.

Expressum haberi debet, quod ex verbis, vel agentis consilio necessario colligitur. §. 625.

Filia, cui pater dotem dederit, adjectis hisce verbis, idque ultra eam portionem, quam in paterna haereditate habitura est, *dotem conferre non tenetur.* §. 626.

Maritus collationis onere adstringitur, etiam constante matrimonio, si pars haereditatis in dotem uxori data fuerit. §. 627., *et* 628.

Pater, qui dotem certae quantitatis filiae ultra legitimam portionem dedit, non praesumitur partem haereditariam in dotem dedisse. §. 629.

Collationem non velle videtur pater, qui inaequaliter diviserit bona sua inter liberos, atque plus reliquerit illis, quibus prius nihil dederat. §. 630., *et* 631.

Pacto remitti potest conferendi necessitas, si modo fiat post mortem ejus, de cujus successione tractatur: non vero antea. §. 632.

Collationem effugere potest filius, paterna haereditate abstinendo, dummodo legitima fratribus salva sit. §. 633.

Filius exhaeredatus conferre non tenetur, et legatum sibi relictum capit. Quid, si querelam inofficiosi testamenti moveat? §. 634.

Conferre is solus tenetur, qui jure haereditario parentis bona consequitur, non qui titulo legati, vel singularis fideicommissi. §. 635.

Filii inter se conferre debent, licet paternam haereditatem adeant, implorato inventarii beneficio. §. 636.

Collatio ob solam utilitatem filiorum inducta fuit, non autem creditorum, quibus ideo prodesse non debet. §. 637.

§. 621.

Collatio, prout ex dictis constat, facienda est tum in successione intestata, tum in testamentaria (1): olim quidem cessabat conferendi praeceptum, si parens testamentum condidisset (2), nec expresse cavisset, ut collatio fieri deberet (3); quia tacite videbatur parens hoc onus remisisse, ex quo filium haeredem scripserat, nec ad conferendum adegerat.

(1) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(2) *L.* 1. §. *Vel maxime* 6. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. hoc tit.*, *l. Pomponius* 35., *l. Ex parte haeres* 39. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

(3) *D. l.* 1. *cod. hoc tit.*

§. 622.

Verum Justinianus aequius putavit, in utroque successionis tum intestatae, tum testamentariae genere collationem fieri; *quoniam incertum est*, ait Imperator, *ne forsan oblitus datorum, aut, prae tumultu mortis angustiatus, hujus non est memoratus* (1): quare subjicit, collationem omnino faciendam esse, ut inde aequalitas inter liberos

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

servetur, nisi parens *expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem: sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure testamenti* (2).

(1) *D. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6. *in med.*

(2) *D. Novell.* 18. *cap.* 6. *in fin.*

§. 623.

Ergo antiqui Romanorum jurisprudentes, atque Imperatores tacite remissam judicabant collationem a patre, qui testamento haeredes scripsisset liberos suos, nec collationis meminisset (§. 621.): Justinianus contra praesumit collationem ex voluntate patris testantis fieri debere, nisi pater aliud expresse caverit, ita ut inter liberos omnes inducatur aequalitas (1), aequali erga liberos omnes parentum affectioni (2) consentanea.

(1) *D. Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(2) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 624.

Cum autem Justiniani sanctio praesumpta patris testantis voluntate nitatur; atque praesumptio, ex trito juris axiomate, veritati cedat (1), si appareat, collationem a testatore volitam non fuisse, sive expresse, sive etiam tacite ejus obligatio cessabit (2).

(1) *L. Si Chirographum* 24. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de collationib. lib.* 6. *tit.* 4. *def.* 2. *num.* 4. *in corp.*

§. 625.

Neque nocent verba Justiniani, quibus requirere videtur, ut pater expresse remittat conferendi onus (1); etenim, praeterquamquod credi nequit Imperator recessisse a receptis juris regulis, ex quibus taciti eadem vis est, ac expressi (2), satis expressum habetur, quod ex verbis, et consilio agentis necessario colligitur (3).

(1) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

(2) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Soluto matrimonio* 2. §. *ult. ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

(3) *L. Ait Praetor* 5. §. 1., *l. In sententiis* 59. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 626.

Quemadmodum in testamentaria, ita etiam in legitima successione, ex tacita defuncti voluntate, cessare potest collatio: veluti si pater dotem filiae suae dederit ducentorum aureorum, atque haec verba adjecerit: idque ultra eam portionem, quam in bonis paternis defuncto patre habitura est (1); alioquin filia non haberet dotem praecipuam ultra partem haereditariam, si dotem conferre cogeretur cum fratribus, ab intestato patri simul succedentibus (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 4. *d. def.* 2. *num.* 2., *et* 3. *in corp.*

(2) *L. Si donatione* 13. *cod. hoc tit.*

§. 627.

Igitur filia in hac specie dotem conferre non cogitur; atque multo minus maritus, licet dotis nomine, ex uxoris voluntate bonorum paternorum portionem teneat; quia haec jure suo tenet (1). An vero maritus dotem conferre teneatur, si conferendi onus mulieri incumbat; in eo nimirum casu, quo pater filiam ab hac obligatione non exemerit, atque maritus ducenta a patre promissa nondum consecutus sit, utique vero portionem haereditariam uxoris, atque deinceps ipse ducenta a cohaeredibus uxoris postulet, dubitari potest.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *d. def.* 2. *in princip.*

§. 628.

Si pars haereditatis in dotem quoque praeter ducentos aureos data fuisset, maritus utique, ait Faber, etiam constante matrimonio, dotem conferre deberet (1); licet enim secundum juris regulas is tantum conferre teneatur, qui succedit (2), maritus

vero non succedat, sed ipsius uxor; quia tamen aliud non videtur sub nomine portionis haereditariae in dotem datum, nisi quod facta collatione invenitur in portione haereditaria, idcirco maritus ad dotem pecuniariam conferendam tenetur, seu tanto minus percipit, quantum conferendum est: maxime quia marito nullum jus competere potest in haereditaria uxoris portione, priusquam haec uxori acquisita sit. Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *def.* 2. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1., *et passim ff. hoc tit.*

§. 629.

Sed, si sola ducenta in dotem filiae pater dederit, non vero portionem haereditariam, maritus ducenta jure petit, nec conferre cogitur; cum aequitati collationis satisfieri possit in aliis bonis (1): adeoque jus marito quaesitum imminui aequum non est (2): atque cohaeredes agere debent adversus uxorem, eamque familiae erciscundae judicio ad collationem adigere. Sane legitimam, vel portionem haereditariam in dotem non videtur dedisse pater, qui dotem certae quantitatis filiae *ultra legitimam portionem dedit* (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *d. def.* 2. *num.* 8., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Dotis quidem* 5. *cod. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. de jur. dot. lib.* 5. *tit.* 7. *definit.* 29. *V. Tom. IV.* §. 1203., 1204., *et* 1205. *pag.* 312.

§. 630.

Praeterea cessat conferendi necessitas ex tacita patris voluntate, si omnia bona sua inaequaliter inter liberos diviserit (1): atque vel plus aliis reliquerit, quibus nihil prius dederat, minus vere illis, quibus jam data fuerant bona collationi obnoxia, puta ex caussa dotis, vel donationis propter nuptias: vel institutis liberis omnibus aequaliter, illis tamen, qui hactenus nihil a patre habuerant, legata reliquerit (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 27. *in med.*

(2) *L. Ex parte* 39. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

§. 631.

Nec Scaevolae responsum ad jus vetus, ex quo in sola intestata successione collatio locum habebat (1), coerceri potest; etenim Jureconsultus praesumpta patris voluntate nititur: rectius dicitur, ait Scaevola, *ex voluntate defuncti collationem dotis cessare* (2); eadem porro voluntatis conjectura est, sive pater codicillos fecerit, prout in specie Scaevolae, sive testamentum condiderit.

(1) *D. Novell.* 18. *cap. illud quoque* 6.

(2) *D. l. Ex parte* 39. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

§. 632.

Huic affinis est quaestio, utrum collationis necessitas pacto tolli possit. Si pactum hoc fiat mortuo eo, de cujus haereditate agitur, fatentur omnes, ratum esse (1), cum unicuique liceat juribus pro se latis renunciare (2), nisi speciatim prohibitus sit. Quod si fiat renunciatio vivo eo, cujus haereditati bona per collationem adjicienda essent, cum de haereditate viventis pacisci non liceat, nisi ipso consentiente (3), praeterquam in contractu matrimonii ex usu in foro post jus canonicum recepto (§. 550.), consequens est, hujusmodi renunciationem non valere (4).

(1) *L. Si quando* 35. §. *Et generaliter* 2. *cod. de inofficios. testament.* (3. 28.)

(2) *L. penult. cod. de pact.* (2. 3.)

(3) *L. Pactum dotali* 3. *cod. hoc tit. l. Pactum, quod dotali* 15., *l. ult. cod. de pactis.*

(4) *L. Juris gentium* 7. §. *Et generalit.* 16. *ff. eod. tit. de pact.* (2. 14.)

§. 633.

Cum ergo liceat post mortem parentis collationi renunciare (§. praeced.), etiam licere debet ei, qui ad haereditatem vocatur a lege, vel ab homine, haereditate absti-

Inst. l. 3 tit. 1. ff. l. 37 tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20.

nere, atque ita ab onere collationis se eximere (1); si modo legitima fratribus salva sit; alioquin abstinendi facultas denegatur, nisi caeterorum portio suppleatur (2): neque enim abstinendi beneficium in dispendium legitimae filiis debitae cedere aequum est. Sane, si ex duobus nepotibus ad haereditatem avi cum patruo venientibus alter abstineat; cum hujus portio agnoscenti nepoti accrescat (3), hic conferre tenetur, quod nepos repudians conferre debuisset (4).

(1) *L. ult. ff. de dotis collation.* (37. 7.), *l. Ex caussa* 25. *cod. famil. ercisc.* (3. 36.)

(2) *Auth. Unde, si parens, post l.* 6. *cod. de inofficios. testam.* (3. 28.)

(3) *L. Si duobus* 12. *ff. de bonor. possess. contr. tab.* (37. 4.)

(4) *Argum. l. Secundum naturam* 10. *junct. l. Ex qua persona* 149. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 634.

Filius a patre exhaeredatus oneri collationis non subest, si modo paterno judicio acquiescat: immo et legatum petere potest, si quod ipsi relictum fuerit (1): sed, quod sibi a parente datum est, conferre tenetur, si querelam inofficiosi testamenti moveat (2): alioquin ultra legitimam ex bonis parentis consequeretur contra justam, seu a legibus probatam, patris voluntatem.

(1) *L. Si pater* 4. *ff. de dot. collation.* (37. 7.)

(2) *L. Ut liberis* 17. *fer. in princ. cod. hoc tit.*

§. 635.

Ad haec partem suam conferre tantum tenetur, qui jure haereditario defuncti parentis bona acquirit, non qui alio titulo, puta legati (1), vel singularis fideicommissi (2); etenim sive legati, sive fideicommissi singularis titulus longe distat a jure successionis, atque satis demonstrat pater, ab onere collationis immunem velle filium, quem ad successionem non vocat (3).

(1) *L.* 1. §. *Sed etsi legatis* 7. *ff. hoc tit., d. l. Si pater* 4. *ff. de dot. collat.* (37. 7.)

(2) *L. A patre* 10. *cod. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *princip., et §§. seqq. ff. hoc tit.*

§. 636.

Quaerunt interpretes, utrum filii ad conferendum teneantur, si haereditatem adeant, implorato inventarii beneficio: sane fatentur omnes, filios, non obstante inventario inter se conferre debere; hoc etenim beneficium eo tantum consilio inductum fuit, ne haeredes creditoribus haereditariis ultra vires patrimonii a defuncto relicti teneantur (1), adeoque ad id trahi non debet, ut evertatur aequalitas inter liberos, cujus inducendae caussa collatio a legibus praescripta fuit (2).

(1) *L. ult.* §. *Et, si praefatum* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

(2) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit., Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

§. 637.

Difficilior est quaestio, utrum collatio in utilitatem creditorum facienda sit, ita ut, quod collatum est, aeri alieno exsolvendo impendatur. Negantium sententia magis arridet; quia, ut modo diximus (§. praeced.), collatio solam respicit utilitatem filiorum; atque ideo, si filii, et extranei haeredes a patre instituti fuerint, filii inter se quidem conferunt, non autem favore extranei (1): si autem nec extraneis a patre scriptis haeredibus collatio prodest, multo minus prodesse debet creditoribus; ne, quod pro filiis inductum est, in eorum detrimentum cedat (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Si ex dodrante* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *Arg. l. Legata inutiliter* 19. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20.

CAPUT III.

Quae res conferri debeant.

SUMMARIA.

Conferri debent a liberis bona omnia profecta a parentibus, quibus succedere volunt. §. 638.

Quae filii a parentibus acquirere omiserunt, collationi non subjacent: nisi possederint, et dolo malo possedere desierint. §. 639.

Quae post mortem parentis ab ipso, vel ab alio, etiamsi defuncti parentis contemplatione, ad filios pervenerunt, conferri non debent; nec quae uni ex liberis speciali jure acquiruntur. §. 640.

Conferri non debent, quae filii a parentibus titulo oneroso consecuti sunt. §. 641.

Dos, atque donatio propter nuptias collationi subsunt: hodie sola confertur dos profecta ab eo, cui succeditur. §. 642.

Dos nepti avo data in successione patris conferri debet, si avus neptem patris contemplatione dotaverit. §. 643.

Dos, quam mulier sine culpa sua amisit, in successione non confertur. §. 644.

Collationi non subjacent res a parentibus donatae, ut filia se ipsam, maritum, vel liberos aleret. §. 645.

Donationis propter nuptias jure censentur res a parentibus filio uxorem ducenti datae, ut sponsae se gratiorem praestaret, atque ad illius nuptias facilius perveniret. §. 646.

Collationi non subjacent sumptus facti occasione nuptiarum, nempe vestium, convivii, et festivitatis nuptialis: nisi alia dignoscatur parentum impendentium voluntas. §. 647., *et* 648.

Quid si ex his rebus quaedam supersint post mortem parentis? §. 649.

Donationes simplices non conferuntur: nisi parens aliter caverit, vel in alterum ex filiis dotem, vel donationem propter nuptias erogaverit. §. 650., *et* 651.

Donatio, quae in donantis utilitatem vergit, an conferri debeat? §. 652.

Donatio facta in contractu matrimonii, et favore nuptiarum simplex non est: sed ob caussam; atque ideo conferri debet. §. 653., *et* 654.

Donatio remuneratoria non confertur. Quibus argumentis merita demonstrentur? §. 655.

Proponitur duplex quaestio de jure simplicis donationis. §. 656.

Donatio simplex conferenda est a liberis emancipatis, si succedere velint cum suis, sive ab intestato, sive ex testamento. §. 657.

Donatio simplex non confertur, si filius, in quem erogata fuit, cogere nolit alios ad dotem, vel donationem propter nuptias conferendam. §. 658.

Donationum simplicium compensatio fit, ita ut conferri non debeant, si pater in unum ex filiis simplicem donationem contulerit, in alterum, tum simplicem, tum propter nuptias. §. 659.

Conferri debent res omnes a patre ad filium profectae praeter alimenta; nisi parens donandi animo pro filiis impenderit. §. 660.

Alimentorum nomine hic veniunt cibaria, vestes, et quae necessaria sunt ad disciplinas, vel artes, secundum decentiam status, et vires patrimonii. §. 661.

Donandi animus praesumitur in parentibus, qui in filiorum utilitatem impendunt, nisi aliud demonstretur. §. 662.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

Pater non creditur velle repetere, quod impendit, ut filius consequeretur officium, vel beneficium, quod nec vendi potest, nec in haeredes transmittitur. §. 663.

Militiae nomine armata, togata, palatina, et litterata intelligitur. §. 664.

Officia quaedam apud Romanos ad haeredes transmittebantur, quaedam etiam vendere, et pignori dare licebat, non alia. §. 665.

Conferri non debent, quae pater impendit pro filio studiorum caussa, nisi patrimonii ratione habita, immodici sint. §. 666.

Quid si filius, in cujus studia pater impendit, quaedam bona habeat, quorum pater legitimus administrator sit? §. 667.

Bibliotheca studiorum an peculio quasi castrensi adnumeranda sit? §. 668.

Libri pretio aestimantur, atque in haeredes transeunt. §. 669.

Pater libros uni filio comparans non censetur eorum dominium a se abdicare; nec inaequalitatem inducere velle odio caeterorum filiorum. §. 670.

Milites armati propter gravissima vitae pericula, quae subeunt, singularibus privilegiis digni sunt prae togatis militibus. §. 671., et 672.

Fratres non tenentur pro fratre in studia impendere, licet pater pro ipsis sumptus in haec fecerit. §. 673.

Haeredes patris non tenentur ad id, quod pater pietate ductus fecisset, vel etiam ex paternae pietatis officio facere debuisset. §. 674.

Impensae studiorum ex communi patrimonio fratrum, qui in bonorum communione perseverant, fieri debent, si immodicae non sint. §. 675.

Conferri debent, quae pater in totius familiae utilitatem filio donavit. Quid de rebus filio seorsim degenti a patre datis? §. 676.

Quae filius patri debet ex contractu, vel quae pater ex filii delicto solvit, collationi subjacent. Quid si pater filium ab hostibus, vel a barbaris captum redemerit? §. 677.

Conferre debet filius, quae contra justam patris voluntatem male consumpsit. §. 678.

Peculium adventitium non confertur: nec illius ususfructus, quem pater, etiam acquisitum, filio remiserit. §. 679.

Lucrum dotis, quod filius familias, mortua sine liberis uxore, acquirit, collationi non subest. §. 680.

An conferri debeant bona, quae filius familias sua industria comparavit, artes, vel negotiationem exercendo? §. 681.

Peculium castrense, et quasi castrense ab onere collationis plerumque exempta sunt. §. 682.

Titulus clericalis a patre datus filio in successione tum intestata, tum testamentaria conferendus est. §. 683.

Donatio filio facta tituli clericalis nomine vere ob caussam est, quae donatarii commodum respicit. §. 684.

Cur clerici clericalis tituli a patre dati fructus, vivo etiam patre, pleno jure percipiant, non tamen de eo testari possint, nec praecipuum in successione habeant. §. 685.

An feuda conferri debeant, nec ne, res pendet ex diversis locorum legibus, statutis, vel consuetudine. §. 686.

Fructus ex rebus conferendis percepti, vivo parente, collationi non subsunt, utique percepti post mortem donantis. Quid de aere alieno contracto in utilitatem rerum conferendarum? §. 687.

§. 638.

Generalis regula hic in primis praestituenda est, videlicet conferri debere a filiis, qui parentibus ab intestato, vel ex testamento succedere velint, bona omnia profectitia, seu quae a parentibus utriusque sexus, sive primi, sive remotiorum graduum

ad filios successores pervenerunt, cum adhuc viverent parentes (1); ut ita servetur inter liberos succedentes aequalitas (2), quam parentes servari velle praesumuntur (3).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *L. Si donatione* 13., *l. Ut liberis* 17., *l. Illam merito* 19. *cod. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6., *l. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 639.

Igitur, quae ad liberos pervenerunt, conferri debent, non vero quae filii acquirere a parentibus potuissent, nec tamen acquirere voluerunt, licet dolo malo id egerint; quia et sibi insidiati sunt, ait Ulpianus (1): nec leges acquirendi necessitatem alicui injungunt, ut alteri quandoque prosit. Sane, si dolo malo possidere desierit, quod jam tenebat, hoc ipsum in collationem venit (2); quia adhuc possidere intelligitur, qui dolo possessionem amisit (3).

(1) *L.* 1. §. *Confertur* 23. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. §. 23. *in princ.*

(3) *L. Non fraudantur* 134. *in princip. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 640.

Nec etiam conferri debent a liberis, quae post mortem patris, vel ab ipso parente (1), vel ab alio, licet defuncti parentis intuitu, ad ipsos perveniunt (2); deficit enim pro prioribus voluntas patris (§. 635.); posteriora autem bona paterna videri nequeunt, licet data contemplatione meritorum defuncti patris; alioquin filio non acquirerentur, si haeres patris non esset, quod nemo dixerit. Idem ferri debet judicium de illis rebus, quae uni ex liberis speciatim cedunt, puta primogenio (3); quia haec extra caussam haereditatis constituta existimantur.

(1) *D. l. Si donatione* 13., *l. Nec emancipati* 15. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. famil. erciscund. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 11. *in princip.*

(3) *Tiraquel. de jur. primogenitur. quaest.* 51.

§. 641.

Haec generatim sumpta ab omnibus probantur; sed, quia plures sunt rerum species, quae a parentibus, dum adhuc vivunt, ad filios perveniunt, praecipua expendere non inopportunum ducimus; perveniunt, inquam, titulo lucrativo; quae enim filius emancipatus, puta per emptionem, aut permutationem, vel simili alia caussa habuit, conferri non debent (1); nec enim deterior est filii, quam extranei cum patre contrahentis conditio: nec aequalitas inter liberos inducenda, quae collationi caussam praebuit (2), rerum ex caussa onerosa acquisitarum collationem postulat.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princip.*, *et passim ff. hoc tit.*

§. 642.

Inter res profectitias a descendentibus conferendas caeteris liberis, cum de ascendentis successione quaestio est, praecipuum locum tenent dos mulieri nupturae tradita, atque donatio propter nuptias in filium a parentibus occasione matrimonii erogata (1): olim etiam dos adventitia conferebatur (2): hodie vero sola profectitia, sive a patre, sive a matre, sive ab alio quocumque ascendente data fuerit (3).

(1) *L.* 1. §. *Si sub conditione* 7. *ff. de dot. collation.* (37. 7.), *l. Illam merito* 19., *l. penult.*, *et ult. cod. hoc tit. V. Tom. V. pag.* 176. §. 663., *et seqq.*

(2) *D. l.* 1. §. 7. *ff. de dot. collat.*

(3) *D. l.* 19., *penult.*, *et ult. cod. hoc tit.*, *l.* 1. *in princ. ff. de dotis collat.*

§. 643.

Cum autem collatio fieri tantum debeat in bonis ejus, a quo dos, vel donatio profecta est (1): atque ideo dos a patre data in haereditate matris non conferatur (2): si fingamus, dotem nepti ab avo traditam fuisse, haec a filia conferenda erit in suc-

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit 6. Cod. l 6. tit. 20.

cessione patris, utique si avus patris contemplatione neptem dotaverit (3): alioquin collatio cessabit; nec enim a patre profectum videri potest, quod alius, neptis ipsius coutemplatione, tradidit (4).

(1) *Thesaur. dec.* 46. *num.* 9.

(2) *V. d. Tom. V. pag.* 177. §. 669.

(3) *L. Dotem* 6. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Avus neptis* 79. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§. 644.

Mulierem, quae dotem sine culpa sua amiserit, ad conferendum non teneri (1), jam innuimus (§. 639.): utique vero tenebitur, si culpa sua res dotales perierint, vel deteriores effectae sint (2); sicut enim aequitas non patitur, ut damnum sentiat ille, cui uec dolus, nec culpa potest impntari; ita aequum est, damnum illius oneri esse, qui ex culpa sua detrimentum patitur (3).

(1) *L.* 1. §. *Quod si jam factum* 6. *ff. de collation.* (37. 7.), *Novell.* 97. *cap. ult.* §. 1.

(2) *D. Novell.* 97. *cap. ult. in fin. princ.*

(3) *L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 645.

Dotem profectitiam a filia conferendam esse, omnes fatentur: sed non consentiunt, an idem dicendum sit de rebus a patre donatis filiae, ut se, maritum, vel liberos aleret: plerique tamen, et merito, defendunt (1), hasce res collationi neutiquam subjacere; neque enim ad caussam dotis ullo modo referri possunt, quasi amplior ex his effecta sit: sed potius censeri debent jure donationis simplicis, quam minime conferri alibi diximus (2), atque inferius demonstrabimus.

(1) *Voet in Pandect. de dot. collation. lib.* 37. *tit.* 7. *num.* 4.

(2) *V. Tom. IV.* §. 745., *Fab. cod. hoc tit. de collationib. lib.* 6. *tit.* 4. *definit.* 4.

§. 646.

Dos a filia confertur, donatio a filio (§. 642.): an vero donationis propter nuptias jura sequantur res a parentibus filio uxorem ducenti traditae, ut gratiorem se sponsae praeberet, atque illius nuptiis facilius potiretur, non eadem est omnium sententia: magis tamen est, ut haec conferri a filio debeant (1); quia sunt veluti accessoria donationis ante nuptias; atque naturam habent donationis ob caussam a patre filio factam (2), quae omnino conferri debet (3), ut infra expendemus.

(1) *Voet in Pandect. de dot. collasionib. lib.* 37. *tit.* 7. *num.* 3.

(2) *V. Tom. V. pag.* 217. §. 820., *cum* §. 835., *et seqq.*

(3) *Fab. cod. de inofficios. testament. lib.* 3. *tit.* 19. *definit.* 30. *V. Tom. IV. pag.* 188. §. 748.

§. 647.

Difficilior est quaestio, utrum conferri debeant sumptus caeteri occasione nuptiarum facti, scilicet vestimentorum, convivii, et festivitatis nuptialis: verior tamen, ait, post alios plures, Voet, ac communior interpretum sententia, eos minime conferendos esse in judicio familiae erciscundae fratribus, et sororibus, (1); tum quia nullum inde emolumentum ad fratres, et sorores pervenit; tum quia hujus generis sumptus magis in parentum honorem erogati videntur, quam liberorum; tametsi matrimonium a liberis contractum illis occasionem praebuerit.

(1) *Voet in Pandect. de dot. collation. lib.* 37. *tit.* 7. *num.* 5.

§. 648.

Exceptionem huic sententiae admittunt, si aperte constet, parentes harum rerum collationem voluisse (1); quod ex sumptuum quantitate, aliisque rerum, aut personarum adjunctis colligi potest: puta si sumptus immodici sint, ratione habita paterni patrimonii, majores facti fuerint instante filio, atque pater, cum alii filii uxorem ducerent,

longe minores fecerit. Alia quoque exceptio locum haberet, si hujus generis expensae ex regionis consuetudine conferri solerent. Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *Voet in Pandect. de dot. collat. lib. 37. tit. 7. num. 5. in med.*

§. 649.

Sane consentiunt omnes, collationem, aequalitatis inter liberos inducendae caussa, fieri debere, quatenus ex impensis ad nuptiarum splendorem factis apud sponsum, vel sponsam utilitas permanet: veluti in vestibus pretiosis, annulis, gemmis, atque ornamentis nuptiarum intuitu comparatis (1); quia haec videntur pars dotis, vel donationis propter nuptias, quas conferendas esse jura praescribunt (2). Subjicit Voet post Jurecousultos Holandiae, in dubio circa bonorum conferendorum quantitatem privatae patris, aut matris, quae sumptus erogarit, adnotationi standum esse (3).

(1) *Atque hinc alibi diximus post Thesaurum decis. 46. num. 8., conferenda esse a filio jocalia, et vestes magni valoris à patre, seu socero nurui tradita.*

(2) *L. Ut liberis 17., l. Illam merito 19. cod. hoc tit.*

(3) *Voet in Pandect. de dot. collat. lib. 37. tit. 7. num. ult. in fin.*

§. 650.

Sequitur disputatio de caeteris donationibus extra caussam, vel occasionem nuptiarum a parentibus in liberos erogatis; atque hic duplicis speciei donationes secernendae sunt: nimirum aliae sunt simplices, aliae ab caussam aliquam. Donationes simplices neutiquam conferri, alibi diximus (1) post Fabrum (2); cum enim per hanc donationem filio plenum, et irrevocabile dominium quaesitum sit, perinde ac si extraneo donatum esset, collatio cessare debet (3).

(1) *V. Tom. IV. pag.* 188. §. 746.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *definit.* 4. *num.* 12. *in corp.*

(3) *L. penult.* §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 651.

Duo tamen sunt casus, in quibus etiam simplex donatio conferenda est: primus, cum pater expresse, vel tacite hanc legem dixit (1); cum unicuique liceat rebus suis legem, quam malit, dicere (2). Alter casus est, cum pater donationem simplicem contulit in unum ex filiis, atque simul dotem, vel donationem propter nuptias in alium (3): tunc quippe donationem simplicem conferri placuit Justiniano, ut aequalitas inter liberos inducatur (4).

(1) *D. l. penult.* §. 1. *in fin. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. de collation. lib.* 6. *tit.* 4. *d. def.* 4. *num.* 12., *et* 13. *in corp.*

(2) *L. Ob res quoque donatas* 20. §. 1. *ff. de pact. dotalib.* (23. 4.)

(3) *Fab. d. def.* 4. *num.* 13. *in corp.*

(4) *D. l. penult.* §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 652.

Si donatio ob caussam facta sit, interest, si Fabro credimus, an caussa haec respiciat utilitatem patris donantis, an filii donatarii. Donatio, quae propositam habet donationis utilitatem, veluti si pater filio donaverit, ut domestica negotia diligentius tractet, ex eodem Fabro conferenda est (1): qui enim ob hanc caussam dat, non ideo praesumitur inaequalitatem inter liberos inducere velle, quam inaequalitatem avertit collatio (2): alii tamen defendunt, donationem hanc minime conferendam esse; quia ad remuneratoriam accedit, quam a collatione exemptam omnes fatentur (3).

(1) *Fab. cod. de inofficios. testament. lib.* 3. *tit.* 19. *def.* 30. *num.* 2. *in corp.*

(2) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6., *l. Ut liberis* 17., *l. penult. princ. et* §. 1. *cod. hoc. tit.*

(3) *V. infra* §. 655.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

§. 653.

Sed donatio, quae in utilitatem donatarii vergit, quasi ob caussam facta dici nequeat, collationi non subjacere, putat idem Faber, non quidem ex Senatus Sabaudi placito, sed ex propria sententia; cum ita tractatum, non decisum referat (1): atque inde colligit, donationem factam in contractu matrimonii, et nuptiarum favore tamquam simplicem habendam esse, nec ideo conferendam (2).

(1) *Fab. cod. lib.* 3. *tit.* 19. *d. def.* 30. *in fin.*

(2) *Fab. d. def.* 30. *num* 2. *in corp.*

§. 654.

Verum, ut alibi diximus (1), aequitati, et patris donantis voluntati magis consentanea est sententia affirmantium, donationem occasione matrimonii, ejusque contemplatione in filium a patre erogatam conferri debere (2); cum enim pater ex hac caussa donat, id potius agere videtur, ut filius certus fiat de certa haereditatis, vel bonorum parte consequenda, quam ut meram liberalitatem exerceat: potissimum in dispendium aliorum filiorum, quos pater aeque diligere praesumitur (3).

(1) *V. Tom. V. pag.* 178. §. 671.

(2) *Thesaur. dec.* 46. *num.* 11. *post alios plures.*

(3) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 655.

Donationem remuneratoriam minime conferendam esse, existimant omnes (1); quia pater non donat in hoc casu tamquam filio, sed tamquam alteri cuicumque propter benemerita: nec filium deterioris prae extraneo conditionis esse sinit aequitas. Porro sufficit de meritis constare per solam donantis assertionem, si modo suspectus non sit (2); alioquin probationes aliunde edere oporteret, cum merita facti res sint, quae non praesumuntur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de collat. lib.* 6. *tit.* 4. *definit.* 4. *num.* 20., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *d. definit.* 4. *num.* 21. *in corp.*

(3) *L. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 656.

De simplici donatione, quam non conferri diximus (§. 650.), nisi aliud parens donans caverit, vel alii donatoris liberi dotem, aut donationem propter nuptias conferant (§. 651.), duo supersunt inquirenda. 1. Utrum ab emancipatis donatio haec conferenda sit, nec ne. 2. Utrum eadem donationis simplicis conferendae necessitas indistincte urgeat, cum dos, vel donatio propter nuptias in alterum filium a parentibus erogata est, an in eo tantum casu, quo filius, qui donationem simplicem meruit, fratres, vel sorores ad conferendum adigere velit.

§. 657.

In prima quaestione existimat Faber, emancipatos liberos simplicem etiam donationem conferre debere, sive ab intestato, sive ex testamento succedere velint cum fratribus in potestate patris retentis; etiamsi nihil de inducenda aequalitate tractari oporteat (1): quia emancipatorum durior conditio esse debeat, contra quos primum praescribi collatio debuit ad inducendam aequalitatem (2): sententia haec juris auctoritate nititur: etenim Leo Imperator generatim tradit, *emancipatos liberos utriusque sexus ea, quae in ipsa emancipatione a parentibus, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturos esse* (3). Emancipatos filios inter se neutiquam conferre, apud omnes constat (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de collationib. lib.* 6. *tit.* 4. *definit.* 4. *num.* 16., *et seqq. in corp.*

(2) *L. in princip. ff. hoc tit.*

(3) *L. Ut liberis* 17. *in fin. cod. hoc tit.*

(4) *L. Si emancipati* 9. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 6. *tit.* 4. *d. def.* 4. *num.* 19. *in corp. V. supra* §. 590.

§. 658.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

Donationem simplicem non indistincte conferendam esse, sed tantum in eo casu, quo filius, in quem collata est, alterum cogere velit ad dotem, vel donationem propter nuptias conferendam, recte defenditur (1); etenim Justinianus donationis simplicis collationem jubet, cum *persona, quae ante nuptias donationem, vel dotem suscepit, conferre eam cogenda sit*, ne injustum aliquid oriatur (2), quod deinceps repetit (3): ergo, si donatarius simplicis donationis alterum non cogat, ut dotem, vel donationem propter nuptias conferat, nec ipse ex parte sua conferre tenetur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 6. tit. 4. d. def. 4. num. 24., et seqq. in corp.*

(2) *L. penult. §. 1. in med. cod. hoc tit.*

(3) *D. l. penult. §. 1. prop. fin. versic. Si quid hujusmodi.*

§. 659.

Sed quid juris, si fingamus, ex una parte adesse tum donationem simplicem, tum donationem propter nuptias, ex alia vero unam tantummodo simplicem donationem; seu patrem uni filio tum propter nuptias, cum uxorem duceret, donasse, tum alia occasione; alterum vero ex filiis aliquid extra nuptialem donationem a patre habuisse? Respondet Faber, donationem utique propter nuptias, vel dotem conferendam esse, simplicium vero donationum compensationem fieri, licet non una sit utriusque quantitas (1); quia in simplicibus donationibus nulla habetur ratio inaequalitatis; alioquin ad eam inducendam indistincte conferri deberent, quod supra negavimus (§. 650.) ex communi sententia.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 6. tit. 4. d. def. 4. num. 27., et 28. in corp.*

§. 660.

De impensis a patre factis in utilitatem filii non una est omnium ratio. Imprimis generalis regula prae oculis habenda est, collationem rerum omnium a patre in filium erogatarum faciendam esse praeter alimenta, et quae his continentur, secundum uniuscujusque conditionem; nisi pater, vel mater donandi animo, qui facile in parentibus praesumitur, favore filiorum impenderint: *alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non justa ratione postulas; cum id exigente materna pietate feceris: si quid autem in rebus eorum utiliter, et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis; id negotiorum gestorum actione consequi potes;* verba sunt Imperatoris Alexandri (1).

(1) *L. Alimenta 11. cod. de negot. gest.* (2. 19.)

§. 661.

Ergo conferenda non sunt, quae pater, vel mater (eadem enim est in hac re utriusque caussa) impendit in filiorum alimenta: alimentorum autem nomine hic continentur tum cibaria, tum vestes, tum quae ad artes, vel disciplinas, secundum decentiam status, et vires patrimonii necessaria sunt (1); male enim paternae pietatis officio fungeretur pater, qui filio sola suppeditaret cibaria, et vestes; nec simul curaret, ut filius convenientibus artibus, vel disciplinis instrueretur.

(1) *Arg. l. Jus alimentorum 3. §. Ante oculos 2. ff. Ubi pupil. educar. debeat* (27. 2.), *l. Sumptus 3. cod. de administration. tutor.* (5. 37.)

§. 662.

Quinimmo nec conferri debent, quae praeter alimenta impendit pater in utilitatem filii, nisi collationem postulantes demonstrent, patrem non donandi, sed repetendi animo impendisse (1): hinc censuit Ulpianus post Papinianum, id, quod dignitatis nomine datum filio est, vel adhuc debetur, conferendum non esse, sed communiter ab omnibus cohaeredibus ferendum (2): atque idem Papinianus alibi tradit: *quae pater filio emancipato studiorum caussa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitatem non sinere* (3).

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *L. Alimenta* 11. *cod. de negot. gest.* (2. 19.)
(2) *L.* 1. §. *Sed an id* 16. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Quae pater* 50. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.), *Fab. cod. de inofficios. testam. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 29. *num.* 1. *in corp.*, *et num.* 3. *in alleg.*

§. 663.

Quod de impensis a patre crogatis in utilitatem filii studiorum caussa, idem vulgo traditur de illis, quae pater fecerit, ut filius consequeretur officium, vel beneficium, quod nec vendi, nec in haeredes trasmitti possit (1), quia pater facile creditur hosce sumptus fecisse pietate paterna ductus, non animo repetendi: contra quam dicendum esset, si officium hoc vendi, vel in haeredes transferri posset (2), contraria ratione, ex eadem voluntate patris desumpta.

(1) *Fab. cod. de inoffic. testam. lib.* 3. *tit.* 19. *d. defin.* 29. *allegat.* 2. *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 19. *in med.*
(2) *Voet d. num.* 19. *in princip. post alios quamplures.*

§. 664.

Distinctio haec juris auctoritate niti videtur: Justinianus agens de rebus, quas filius in legitimam imputare, adeoque et conferre in judicio familiae erciscundae teneatur (1); distinguit duplex militiae genus: aliam, quae vendi potest, vel quae militantis haeredibus quoddam emolumentum affert: aliam quam nec vendere licet, nec haeredibus prodest (2). Militiae nomine hic non tantum armatam, sed etiam togatam, palatinam, et litteratam intelligimus: adeoque per militiam, de qua loquitur Justinianus (3), vulgo placet distingui certum officium, quod reditus ferat (4).

(1) *L. penult. in princip. cod. hoc tit.*
(2) *L. Omnimodo* 30. §. *ult. in fin. cod. de inofficios. testam.* (3. 28.), *d. l. penult. in princip. cod. hoc tit.*
(3) *D. l.* 30. §. 2.
(4) *Brunneman. ad d. l.* 30. *num.* 7.

§. 665.

Ergo militiae appellatione leges Romanae utuntur ad designandum certum officium, quod commoda, et salaria a Principe habet; ex his officiis quaedam ad haeredes transmittebantur (1): quaedam etiam vendere, et pignori dare licebat (2); alia vero nec in haeredes transferuntur, nec vendi, aut pignorari possunt (3): priora conferri debent, non item posteriora (§. 663.)

(1) *L. ult. cod. de pignor.* (8. 14.) *l. His quidem* 5. *cod. qui militar. poss.* (12. 34.), *Novell.* 35.
(2) *D. l. ult. cod. de pignorib.*, *Novell.* 53., *cap. Optimum quoque* 5., *l. Creditor* 52. §. *Inter venditorem* 2. *ff. de action. empti* (19. 1.)
(3) *D. l. Omnimodo* 30. §. *ult. in fin. cod. de inofficios. testament.* (3. 28.)

§. 666.

Quae studiorum caussa pater pro filio impendit, minime conferri diximus (§. 661., et 662.), utique si pro conditione sua impenderit pater in filii studia, nec nimis immodici sint sumptus, habita ratione patrimonii (1); si enim nimia inter liberos inaequalitas oriretur, dum modici patrimonii parens ingentes in unius filii studia sumptus fecit, repetendi, non donandi animus praesumeretur in patre (2), qui filios suos omnes aeque diligere existimatur (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 21. *prop. fin.*
(2) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.
(3) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. penult. in fin. princip. cod. de adoption.* (8. 48.)

§. 667.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20

Alia quoque exceptio huic regulae passim adstruitur, videlicet cum filius, in cujus studia pater impendit, quaedam habet bona, quorum pater legitimus administrator sit, quia pater potius de filii, quam de proprio patrimonio erogasse videatur (1): potissimum si in librum rationum hasce impensas retulerit (2). Verum quaestio haec tota facti est (3); quae ideo definiri non potest nisi perpensis singulis adjunctis tum conditionis personarum, tum quantitatis sumptuum tum patrimonii paterni, et bonorum filii: atque ex responsis Jureconsultorum, quae afferuntur, primum est de nepote (4); alterum de filio emancipato (5); melior autem sine dubio est conditio filii in potestate retenti.

(1) *L. ult. ff. de haeredit. petition.* (5. 3.) *l. Nesennius* 34. *in fin. ff. de negot. gest.* (3. 5.)

(2) *D. l.* 34. *in fin.*

(3) *D. l.* 34. *in med.*

(4) *D. l.* 34. *ff. de negot. gest.*

(5) *D. l. ult. ff. de haereditat. petition.*

§. 668.

Si pater filio bibliothecam studiorum caussa emerit, licet prima fronte forte conferenda videatur, frequentiore tamen calculo placet, ait Voet, non magis libros, quam ipsos studiorum sumptus collationi obnoxios esse; cum sint veluti arma studiosorum: adeoque, si non alia evidens sit mens parentis, quasi castrensi adnumeranda peculio (1), quemadmodum continentur arma filio familias ad bellum proficiscenti data (2): nisi maxima inaequalitas inter liberos oriatur, si bibliothecam instructissimam filius praecipuam haberet (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de collationib. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 22. *in princip.*

(2) *Argum. l. Castrense* 11. *ff. de Castrens. pecul.* (49. 17.)

(3) *Voet in Pandect. d. num.* 22. *in fin.*

§. 669.

Verum sententia haec parum consentanea videtur juris textibus, nec non voluntati parentis. Imprimis quod pertinet ad juris textus, Justinianus de militia agens, seu officiis, quae certos reditus pariunt, collationi obnoxia esse tradit, si vendi possint, vel in haeredes transferantur (1): inter haec autem officia pleraque pertinent ad militiam, quae peculium quasi castrense constituit (§. 665.): porro, si officium ipsum, cum vendi potest, vel in haeredes transit, conferri debet, multo magis, quae accessoria officii sunt, puta libri studiorum, de quibus disputamus; quippequi pretio aestimantur, atque haeredibus acquiruntur.

(1) *D. l. Omnimodo* 30. §. *ult. cod. de inoffic. testam.* (3. 28.), *d. l. penult. in princip. cod. hoc tit. V. supra* §. 664.

§. 670.

Patris quoque in libros studiorum pro filio impendentis voluntas hanc collationem postulat, etenim pater, cum libros comparat, utique vult filio consulere, atque eidem suppeditare necessaria ad finem studiorum: sed vix, ac ne vix quidem praesumi potest ea mente, ut velit eorum dominium a se abdicare, et pleno jure in alium transferre, odio caeterorum filiorum, qui forte domesticae rei utiliorem operam navant: patris affectio aequalis erga liberos omnes praesumitur (1); atque ideo volita collatio, ut aequalitas inducatur (2).

(1) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. penult. in fin. princip. cod. de adoptionib.* (8. 48.)

(2) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit., Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

§. 671.

Parum vero urgent, quae a contra sentientibus objiciuntur: ajunt, libros studiorum esse veluti arma litteratorum, quemadmodum arma bellica militum; cum et advocati, qui dirigunt ambigua fata caussarum, et *gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem, vitam, et posteros defendunt, militares dicantur, non secus ac illi, qui gladiis, clypeis, et thoracibus utuntur* (1): ergo, inquiunt, sicuti data a patre liberis militiae caussa peculio castrensi continentur (2), quod collationi non subest (3), ita nec studiorum libri.

(1) *L. Advocati* 14. *cod. de advocat. diversor. judicior.* (2. 7.)

(2) *L. Si militi* 6., *l. Castrense* 11. *ff. de castrens. pecul.* (49. 17.)

(3) *L.* 1. §. *Nec castrense* 15. *ff. hoc tit.*

§. 672.

Verum, praeterquamquod argumentum hoc vim suam potissimum exereret in libris studiorum, qui caussarum patronis inserviunt, parum vero urgeret in caeteris; militibus, qui clypeis, et gladiis utuntur, singularia quovis tempore privilegia indulta fuerunt, et merito; etenim dato etiam, quod caussarum patroni utiliorem navent reipublicae operam, quam milites; priores tamen nullum vitae periculum subeunt, sub tecto degunt, atque ibi oracula sua pandunt: contra milites gravissima incommoda patiuntur; et, quod magis est, proximum vitae discrimen subire tenentur, ut rempublicam defendant: nihil proinde mirum, si amplioribus privilegiis digni visi sunt.

§. 673.

Sed quid dicendum, si pater in quorumdam filiorum studia jam impenderit, tum decedat, juniores fratres cogerene possunt alios, ut eosdem sumptus ex communi parentis haereditate faciant ad litteras addiscendas, quos pro ipsis pater erogavit, nec tamen conferunt? Plerique negant; nisi pater aliud caverit, et merito; nam defuncto patre singuli liberi propria habent bona, ex quibus impendant (1). Sane, si quid solvendum supersit post mortem patris, filius praecipiet, ut solvat, quasi aes alienum patris (2).

(1) *L. Etsi filium* 15. *ff. de munerib., et honorib.* (50. 4.), *l. si filia* 20. §. *Idem scribit* 6. *in fin. ff. famil. ercisc.* (10. 2.)

(2) *D. l.* 20. §. 6. *in princip.*

§. 674.

Neque objiciatur, patrem, si supervixisset, aeque impensurum fuisse pro junioribus liberis, ac pro aliis impendit; etenim patris haeredes ad id tantum tenentur, ad quod pater cogi potuisset, non ad id, quod paterna pietate ductus fecisset, vel etiam ex paternae pietatis officio facere debuisset (1): prout attendenti facile patet: sane longe latius patet officium parentum erga liberos, quam fratrum inter se.

(1) *Argum. l. Si quis a liberis* 5. §. *Item rescriptum* 17. *ff. de agnoscend., et alend. liber.* (25. 3.)

§. 675.

Hinc solvi potest quaestio, an solus ferre debeat impensas studiorum frater, qui litteris vacat, an praestari ex communi patrimonio fratrum, qui post patris mortem bonorum communione perseverent. Si hujusmodi expensae non immodicae sint, habita ratione conditionis personarum, patrimonii virium, nec nimis graves caeteris fratribus cohaeredibus, communioni imputandae sunt (1); ita quippe suadet fratrum justa voluntas, et fraterna affectio: alioquin frater impendens in propriam utilitatem de suo solvere tenetur (2).

(1) *Argum. l. Cum duobus* 52. §. *ult. ff. pro socio* (17. 2.)

(2) *L. Ex parte* 39. §. *Filius* 3. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

§. 676.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

Redeamus, unde paullisper oblata occasione discessimus, atque caetera prosequamur, de quibus dubitari potest, utrum collationi subjaceant, nec ne. Fatentur omnes, conferenda esse, quae pater non absolute filio donavit, sed ad aliquem finem in familiae utilitatem; vel ut interim filius seorsim a patre degens necessaria sibi, et suis alimenta, atque indumenta paret: puta ad negotiationem exercendam, tabernam, vel officinam instruendam (1); haec enim potius commodati, vel precarii titulo data judicantur.

(1) *Argum. L. Ut liberis* 17. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 677.

Conferri quoque debent, quae filius patri debebat ex quocumque contractu, puta mutuo, emptione, venditione; vel quod pater ex delicto filii solvere coactus fuit; etenim pater cum filio contrahens in casibus, quibus licet, satis demonstrat, se donandi animum non habere: nec aequum est, ut fratres insontes damnum patiantur ex delicto fratris. Cessat tamen collationis obligatio pro eo, quod pater impendit, ut filium ab hostibus, vel barbaris captum redimeret: quia impensam hanc omnino postulat paterna pietas, nec filio culpa imputari potest.

§. 678.

Eorum quoque collatio facienda est, quae unus ex liberis ex paterna substantia male absumpsit; puta pecuniam a patre suppeditatam in usus honestos, artium, vel disciplinarum addiscendarum caussa, perperam insumendo (1); tum quia pecuniam hanc, utpote dolo, vel gravi culpa amissam, filius adhuc possidere judicatur (2); tum quia pater non indistincte, sed ad certos tantum usus eam concessit; aliter non concessurus. In dubio tamen dilapidatio non praesumitur (3); atque ideo ab allegante probanda est (4).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de collationib. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 15. *in med.*

(2) *L.* 1. *§. penult., l. Cum emancipati* 2. *§. De illis* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.)

(4) *L. Quoties operae* 18. §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 679.

Peculii adventitii bona olim quidem conferenda erant (1); sed jure novo, quo solus ususfructus bonorum adventitiorum patri competit, a collatione exempta sunt (2); ita ut nec conferri debeat ususfructus peculii adventitii, quem pater filio remiserit, sive jam acquisitum, sive adhuc acquirendum (3); quia non tam a patre datus, quam patri non acquisitus ad filium pervenisse videtur (4).

(1) *L.* 1. *§. Si impubere* 21., *l. Cum emancipatis* 2. *§. Id quoque* 3., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *L. Cum oportet* 6. *§. Non autem* 2. *cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(4) *Argum. L.* 1. *§. penult. ff. de usufructu accrescendo* (7. 2.)

§. 680.

Lucrum dotis, quod ex pacto, vel consuetudine ad maritum filium familias, mortua sine liberis uxore, pertinet, inter adventitia bona computandum esse, consentiunt omnes: quia, ut alibi diximus, quidquid filius familias acquirit aliunde, quam ex bonis, vel contemplatione patris, adventitium est, non profectitium (1): quinimmo lucra haec, etiam vetere Romanorum jure, a collatione exempta fuerunt (2).

(1) *D. l. Cum oportet* 6. *in princip. cod. de bon., quae liber. etc.* (6. 61.). *V. Tom. V. pag.* 288. §. 1100.

(2) *L.* 1. *§. Emancipatus* 20., *l. Praetor* 3. *§. Quare* 4. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

§. 681.

An profectitio peculio annumeranda sint nec ne bona, quae filiusfamilias sua industria acquisivit, artes, negotiationem exercendo, aliove modo, alibi expendimus (1): atque inde colligi potest, utrum haec conferri debeant, nec ne, quamquam nec omne, quod a patre proficiscitur, collationi subest; cum donationes simplices a patre in liberos erogatae pleno jure, absque collationis onere, iisdem plerumque acquirantur (§. 650., et 651.)

(1) *V. d. Tom. V. pag.* 344. §. 1306., *et seqq.*

§. 682.

Peculium castrense a filio, qui una cum fratribus parentum successionem intestatam, vel testamentariam postulat, conferendum non esse, nemo est, qui neget; cum pleno jure ad filium spectet (1). Idem est de peculio quasi castrensi, saltem si bona hujus peculii a patre profecta non sint: quia et hujus tum proprietas, tum ususfructus, ad exemplum castrensis peculii, filio competit (2).

(1) §. 1. *institut. per quas personas cuique acquirit.* (2. 9.), *l. Errat.* 3. *cod. de castrens. pecul.* (12. 37.)

(2) §. *ult. institut. de militar. testament.* (2. 11.). *V. Tom. V. pag.* 278. §. 1060., *et seqq.*

§. 683.

Diximus, conferenda non esse bona peculii quasi castrensis, nisi a patre ad filium pervenerint (§. praeced.); licet enim bona a clericis acquisita, atque ipse titulus clericalis, si eum filius aliunde habuerit, peculio quasi castrensi connumeretur (1), jure tamen in foro recepto nec titulus ipse, nec bona, quae clericus a patre consecutus est, peculio quasi castrensi plene contiuentur (2): adeoque conferri debent, nisi simplicis donationis jure ad filium pervenerint (§. 650.). Sane Romanae leges tantum commemorant bona in clericali statu acquisita ab Episcopis, presbyteris, vel diaconis non quae pater, praesertim ante clericatum, filio donaverit (3).

(1) *V. d. Tom. V. pag.* 279. §. 1064. *ad* 1067.

(2) *Ibid.* §. 1068. *pag.* 280.

(3) *L. Sacrosanctae* 34. *cod. de Episcop., et cleric.* (1. 3.)

§. 684.

Quod si objiciatur, donationem a patre factam filio tituli clericalis nomine tamquam simplicem habendam esse, quia respicit utilitatem ipsius donatarii, adeoque minime conferendam, si Fabro assentiamur (§. 653.), respondemus, imo vere ob caussam esse, nempe suscipiendorum sacrorum ordinum, ita ut potius accedat ad dotem, quemadmodum illa, quae fit mulieribus religionem profitentibus (§ 654.)

§. 685.

Cum autem titulus clericalis detur clericis, ut convenientia vitae subsidia habeant, hinc fit, ut, etiam vivente patre, illius fructus percipiant, atque non perceptos ab haeredibus patris recte desiderent, nisi remissi appareant (1): non tamen de eo, si bona a patre profecta fuerint, testari possint (2); atque conferri debeant in familiae erciscundae judicio, ex praesumpta patris voluntate (§. 683.); prout contingit in dote, cujus fructus ad conjuges, pertinent ad sustinenda onera matrimonii (3): mortuo tamen patre a filia conferenda est, si haec patri succedere velit (§. 645.)

(1) *D. Tom. V. pag.* 280. §. 1067.

(2) *Ibid.* §. 1068.

(3) *L. Dotis fructum* 7. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Pro oneribus* 20. *cod. eod. tit.* (5. 12.)

§. 686.

An feuda collationi subjaceant, quaestio est ex diversis locorum legibus dijudicanda: sane, si jure quodam praecipui ad unum ex filiis, puta primogenitum, prout apud nos (1) spectent, neutiquam conferri debent (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 1., *et* 2.
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 12. *fere in princip.*

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6 Cod. l. 6. tit. 20

§. 687.

Fructus ex rebus conferendis percepti, vivo parente, neutiquam conferendi sunt, quia ex patris voluntate consumpti judicantur; utique vero percepti post mortem donantis, non secus ac usurae (1): deduci tamen ex rebus conferendis potest aes alienum sive solutum, sive contractum ex necessaria caussa in utilitatem rerum conferendarum (2): nisi forte ex fructibus medio tempore perceptis compensari debeat (3).

(1) *L. Filius* 5. §. 1. *ff. de dot. collation.* (37. 7.)
(2) *L.* 1. §. *Cum dos* 5. *ff. eod. tit.*, *l. Cum emancipati* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Ea demum* 6. *cod. hoc tit.*
(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 37. *tit.* 6. *num.* 24. *in med.*

CAPUT IV.

Quibus modis collatio fiat.

SUMMARIA.

Collatio fit vel conferendo rem ipsam, vel tanto minus percipiendo ex caeteris rebus haereditariis. Quid si incertum sit, quod conferri debet? §. 688.

Electio conferenti competit, utrum ex duobus conferendi modis amplecti velit. §. 689.

Collatione facta tanto minus recipiendo, retentae rei aestimatio fit a morte ejus, cui succeditur. §. 690.

Conferens rei sibi traditae plene dominus non est. §. 691.

Collationem per contumaciam recusanti denegantur omnes actiones haereditariae, licet uni tantum cohaeredi conferre, vel cavere recuset. §. 692.

Quid si prae inopia non conferat, vel cautionem non praestet? §. 693.

Actiones haereditariae restituuntur illi, qui prius conferre, vel cavere noluit, si deinceps conferat, vel caveat. §. 694.

§. 688.

Collatio, quae divisionis tempore peragitur, licet retrotrahatur ad tempus mortis parentis, cujus haereditas inter plures descendentes dividitur (1), diversis modis fieri potest: vel 1. Conferendo rem ipsam, qualis est, etiam deterior facta, dummodo absque culpa, et dolo conferentis (2): vel 2. Tanto minus ex caeteris rebus haereditariis percipiendo (3); aestimatione facta rei conferendae: quod si incertum sit tempore divisionis, quid, et quantum conferri debeat, cautio fidejussoria, aut pignoratitia praestatur (4).

(1) *L. Ea demum* 6., *l. Si maritus* 14., *l. penult. fer. in princ. cod. hoc tit.*
(2) *L. Cum emancipati* 2. §. *De illis* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Dotis quidem* 5. *cod. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Sed etsi tantum* 12. *ff. hoc tit.*
(4) *L.* 1. §. *Jubet autem* 9., *et seqq. ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Si sub conditione* 7. *ff. de dot. collation.* (37. 7.)

§. 689.

Ex his duobus prioribus conferendi modis electio ad eum pertinet, qui conferre debet; ita ut possit, si malit, rem praestare, vel tanto minus percipere; prout innuit Jureconsultus, ajens, emancipatum satis contulisse videri, si tantum in bonis paternis remittat, quantum ex collatione suus habere debet (1): praeterquamquod in alternativis electio plerumque debitoris est (2): atque ita etiam suadet parentis voluntas, qui rem aliquam uni ex filiis donavit, tamquam praecipuam; maxime cum nulla inaequalitas, cujus avertendae caussa leges collationem praescripserunt (3), hinc inducatur.

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 37. tit. 6. Cod. l. 6. tit. 20.

(1) *D. l.* 1. §. *Sed etsi tantum* 12. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Plerumque* 10. §. *ult. in med. ff. de jur. dot.* (23. 3.)
(3) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*, *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 6.

§. 690.

Cum res ipsa conferri possit, qualis invenitur, mortis, seu collationis tempore etiam deterior facta, sed sine conferentis culpa (§. 688.), consequenter, si collatio ita fiat, ut tanto minus recipiat, qui confert, quantum retinet, retentae rei aestimatio fieri debet non ab tempore, quo data fuit, sed a morte ejus, cui succeditur (1).

(1) *D. l. penult. in princ. cod. hoc tit.*, *l. Omnimodo* 30. §. *Imputari* 2. *cod. de inofficios. testament.* (3. 28.)

§. 691.

Nec nocet, quod objiciunt aliqui, rem domino perire (1); etenim conferens plene dominus non est; alioquin collationi obstrictus non esset, prout contingit in re per simplicem donationem acquisita (§. 650.): sed imperfectum quoddam dominium rei habet; quale maritus in fundo dotali aestimato, data ipsi electione, an fundum, an pretium restituere velit (2); quem deteriorem factum restituere potest (3).

(1) *L. Quae fortuitis* 6. *cod. de pignorat. action.* (4. 24.)
(2) *D. l. Plerumque* 10. §. *ult. ff. de jur. dot.* (23. 3.)
(3) *L. Sane* 11. *ff. eod. tit.*

§. 692.

Si ille, qui ad conferendum tenetur, non conferat, distinguendum est, utrum per contumaciam nolit, an vero non possit. In primo casu judicis officio ad conferendum adigitur (1): atque interim denegantur ei omnes actiones haereditariae (2); quamvis uni tantum ex cohaeredibus conferre, vel cavere detrectet: *nec enim videtur cavisse*, ait Ulpianus, *qui non omnibus cavit* (3).

(1) *L. Si soror* 8. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Filiae* 12., *l. Si maritus* 14. *cod. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. *Si, cum duobus* 13. *ff. hoc tit.*

§. 693.

Melior est conditio illius, qui prae inopia non confert, vel non cavet. Huic enim tantum denegantur actiones pro ea parte, qua legem collationis non implet (1); vel etiam curator constituitur ejus portionis, quae ad ipsum spectat, quamque tunc accipiet, cum contulerit, vel caverit (2): admitti quoque possunt caeteri, quibus conferendum, vel cavendum est, ad cavendum se restituturos portionem hanc, cum alter conferet, vel cavebit; ita ut interim ipsi rem possideant (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Si cum duobus* 13. *ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. §. *Si frater* 10. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Cum emancipati* 2. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 694.

Caeterum, si ille, qui ab initio conferre, vel cavere per contumaciam noluit, aut prae inopia non potuit, deinceps conferat, vel caveat, pristinum jus suum recipit (1). Haec sunt, quae de collatione, utpote scitu digniora, atque in praxi utiliora, dicenda erant: ut ita tandem finis fiat tractationi de jure successionis tum testamentariae, tum intestatae. Tempus est, ut progrediamur ad obligationes, quae inter vivos contrahuntur Justiniani vestigiis inhaerentes, prout initio proposuimus.

(1) *D. l.* 1. §. *Si frater* 10. *in fin. ff. hoc tit.*

TITULUS III.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10

De obligationibus.

Instit. lib. 3. tit. 14. *De obligationib.*
Digest. lib. 44. tit. 7. Cod. lib. 4. tit. 10. } *De obligationibus, et actionibus.*

SUMMARIA.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura. §. 695.

Solutionis verbum lato sensu acceptum continet donationem, restitutionem, factum, non factum, et quamcumque satisfactionem. §. 696.

Obligatio naturalis est etiam vinculum juris, quo adstringimur ad aliquid dandum, faciendum, vel omittendum. §. 697.

Obligatio a vinculo, quo adstringit, dividitur in naturalem tantum, atque in naturalem simul, et civilem, seu mixtam. §. 698.

Obligationes mere civiles efficaces nullae sunt. Quid de obligatione ex caussa judicati? §. 699.

Jurejurando delato agi potest de perjurio, si dolus intervenerit. §. 700.

Confessus pro convicto, et judicato non habetur, si vis, metus, vel error intercesserit. §. 701.

Obligatio naturalis tantum juris civilis vinculo non firmatur. §. 702.

Quaenam sint conventiones, ex quibus sola oritur naturalis obligatio? §. 703.

Pupillus, vel prodigus sine tutoris, vel curatoris auctoritate contrahentes naturaliter tantum obligantur. §. 704.

Mulier contra Vellejanum fidejubens, filiusfamilias contra Macedonianum Senatusconsultum mutuam pecuniam accipiens naturalem tantum obligationem contrahunt. §. 705.

Obligationes mere naturales actionem non dant, sed pariunt caeteros obligationum effectus. §. 706.

Obligationes naturales, quae solo promittentis, et debentis pudore continentur, nullos civiles effectus habent. §. 707.

Obligatio civilis omnes omnino effectus parit, qui a legibus civilibus pendent, praesertim actionem ad petendum id, quod debetur. §. 708.

Obligationes civiles a caussa efficiente remota dividuntur in civiles in specie, et praetorias. §. 709.

Obligationes civiles a caussa efficiente proxima aliae sunt ex contractu, aliae ex quasi contractu, quaedam ex maleficio, aliae ex quasi maleficio. §. 710.

Contractus late, vel stricte sumitur: late sumptus complectitur omnes conventiones, etiam quae ex una tantum parte obligant: stricte continet solas conventiones, obligationem ultro citroque parientes. §. 711.

Contractus latissima quoque significatione accipi potest ad designandas obligationes naturales. §. 712.

Quasi contractus nomine demonstrantur praesumptae quaedam a legibus conventiones, quae ex facto licito oriuntur. §. 713.

Quasi contractus nec expressum, nec tacitum consensum desiderant, sed consensu a legibus praesumpto nituntur. §. 714.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

Maleficia, quae obligationem civilem pariunt, quatuor numerantur: et totidem quasi maleficia. §. 715.

Contractus re, verbis, litteris, vel consensu celebrantur. §. 716.

An pacta inter obligationum caussas rucenseri debeant? §. 717.

§. 695.

Obligatio a Justiniano definitur, *juris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura* (1). In primis obligatio dicitur vinculum, quo adstringimur; neque enim obligatio esse, aut concipi potest, nisi adsit dandi, vel faciendi necessitas (2), neque consistere potest promissio, quae a promittentis voluntate statum capit, ut scite ait Javolenus (3): necessitas *rei* solvendae dicitur; rei nomen hic latissima significatione adhibetur, ita ut complectatur tum res, tum facta; tum etiam non facta, quatenus quis promittere potest, se non facturum, puta non iturum per alterius praedium, non altius elaturum aedes suas.

(1) *Princip. institut. hoc tit.*

(2) *L. Sub hac conditione* 8. *ff. hoc tit.*, *l. Centesimis* 46. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *L. A Titio* 108. §. 1. §. *de verbor. obligat.*

§. 696.

Idem est de verbo *solutionis*, quod lato sensu continet donationem, restitutionem, factum, non factum, uno verbo quamcumque satisfactionem, seu cujuscumque promissionis adimplementum (1): postrema definitionis verba innunt, ratam non haberi quod civiles effectus obligationem, quam lex civilis non probat: haec tamen verba, si malis, omitti possunt, cum satis contineatur earundem vis prioribus verbis, quibus obligatio dicitur juris vinculum.

(1) *L. Solutionis* 176. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.), *l. Satisfactio* 52., *l. Solutionis* 54. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

§. 697.

Definitio haec proprie convenit obligationi, quae a jure civili firmatur, prout demonstrant postrema definitionis verba, atque ex dicendis clarius apparebit: demptis autem postremis verbis, habetur definitio, quae generatim convenit cuicumque obligationi, seu naturalis tantum sit, seu civilis simul, et naturalis; utraque enim est vinculum juris, quo ad aliquid dandum, faciendum, vel omittendum adstringimur (1).

(1) *L. Stichum* 95. §. *Naturalis obligatio* 4. *ff. de solutionib.* (46. 3.), *junct. princip. institut. hoc tit.*

§. 698.

Obligationes dividi possunt, vel habita ratione vinculi, quod pariunt, vel ratione habita caussae, a qua vim suam habent. Obligatio ratione vinculi, quo adstringit, dividitur in naturalem tantum, atque in naturalem simul, et civilem, seu mixtam. Praetermittimus eam, quae mere civilis dicitur; licet enim haec juris civilis severitate inspecta, actionem pariat, quia tamen perpetua exceptione eliditur, idcirco nullius momenti est illud vinculum; inanis profecto actio est, quae nullos unquam effectus producit (1).

(1) *L. Quod si maritus* 3. §. 1. *ff. de pecun. constitut.* (13. 5.)

§. 699.

Perperam vero contendunt aliqui, adesse obligationes mere civiles, attamen efficaces; quales sunt, si iisdem assentimur, quae proficiscuntur ex caussa judicati (1), jurisjurandi (2); et confessionis in judicio emissae (3), quatenus in his aequitatis vinculum aliquando deest; sed sola praesumptio justitiae, et veritatis, quae interdum fallit; etenim, quod a judice definitum est, non indistincte pro veritate habetur; cum ab illius sententia liceat appellare; etsi autem quidam sint judices, seu magistratus, a quorum

sententiis appellatio denegatur, adhuc tamen possunt Principi preces offerri, et obtineri, ut caussa diligentius inspiciatur: atque, veritate cognita, sententia prior emendetur.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

(1) *L. Ingenuum* 25. *ff. de statu homin.* (1. 5.)
(2) §. *Item si quis* 11. *instit. de actionib.* (4 6.)
(3) *L.* 1. *ff. de confessis* (42. 2.)

§. 700.

Quod pertinet ad jusjurandum sponte delatum, cujus ea vis dicitur, ut nihil amplius quaerendum sit, quam an juratum (1), id utique generatim verum est, si tamen dolus ex parte jurantis intervenerit, de perjurio agi potest, ut vis jurisjurandi evertatur: praeterquamquod potius in vim conventionis, quam servari jubet naturale jus; delato semel, et praestito jurejurando, non superest quaestioni locus, quatenus inter deferentem, et jurantem convenit (2), ut hujus assertio religionis vinculo munita vim plenae probationis habeat (3).

(1) *D.* §. *Idem, si quis* 11. *institut. de actionib.*
(2) *L. Sed etsi servus* 25. *et l. seq.* §. *ult. ff. de jurejurand.* (12. 2.)
(3) *L. Non erit ratum* 5. §. *Dato* 2. *ff. eod. tit.*

§. 701.

Postremo confessus non in omni omnino casu pro convicto, et judicato est; etenim nulla habetur ratio confessionis, in qua vis, metus, vel error facti intervenerit (1): si modo haec intervenisse demonstrentur, cum facti sint (2): sane nullus esset litium finis, quas tamen quanto citius perimi, publica utilitas postulat, si confessio sponte emissa facile posset retractari.

(1) *L. Non fatetur* 2. *ff. de confessis* (42. 2.), *l. In omnibus* 57. *ff. hoc tit.*
(2) *Ab ea parte* 5. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 702.

Obligatio naturalis tantum ea est, quae nititur solo naturalis aequitatis vinculo, non autem ita firmatur jure civili, ut efficacem pariat actionem ad petendum id, quod ex ea debetur (1). Porro obligationis naturalis vinculum ex triplici capite oritur; seu inde fit, ut sola subsit naturalis obligatio, non civilis; vel ex qualitate conventionis, vel ex conditione personae, vel ex utroque simul, idest negotii indole, et personae paciscentis, vel contrahentis conditione.

(1) *L. Stichum* 95. §. *Naturalis obligatio* 4. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

§. 703.

Ex qualitate conventionis sola oritur naturalis, non civilis obligatio, si conventio proprium nomen a jure civili non habeat, vel praeter conventionem alia non subsit obligandi caussa, vel contractui incontinenti adjecta non sit, vel postremo speciatim a lege non fuerit hujusmodi conventio firmata: etenim jus civile vim non dat pactis, seu conventionibus, nisi proprium nomen habeant (1), vel praeter conventionem subsit caussa obligandi, prout obtinet in contractibus, ut ajunt, innominatis, do, ut des, do, ut facias, facio, ut des, facio, ut facias (2): vel speciali aliqua lege, aut Senatusconsulto probata sit conventio (3), aut denique conventio nuda, et simplex fuerit incontinenti adjecta contractui (4), a quo ideo, tamquam accessoria, vim obligandi acquirit: alioquin *nuda pactio obligationem non parit* (5).

(1) *L. Juris gentium* 7. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de pact.* (2. 14.)
(2) *D. l.* 7. §. *Sed etsi* 2.
(3) *L. Legitima* 6. *ff. eod. tit.*
(4) *D. l* 7. §. *Quinimmo* 5. *ff. de pact.*
(5) *D. l.* 7. §. *Sed, cum nulla* 4.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 704.

2. Ex qualitate personae contrahentis, seu paciscentis fit, ut conventio solam naturalem obligationem pariat; nimirum si paciscens plenum, et perfectum animi judicium adhuc non sit adeptus: puta, si contraxerit sine tutoris auctoritate pupillus, licet pubertati proximus (1), vel prodigus, cui bonis interdictum est (2): idem est de servo contrahente (3), non quia judicio careat, sed quia civilis communionis jure servi apud Romanos minime gaudebant (4).

(1) *L. Si pupillus* 127. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)
(2) *L. Is, cui bonis* 6. *ff. eod. tit.*
(3) *L. Servi* 14. *ff. hoc tit.*
(4) *L. In personam* 22. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 705.

Demum ex utroque simul, seu personae conditione, et negotii qualitate conventio solam naturalem parit obligationem, si mulier contra Senatusconsultum Vellejanum fidejubeat (1), vel filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam accipiat (2); quippe legumlatores singulari ratione ducti aequum putarunt, mulieribus solam fidejussionem, filiis familias solum mutuum prohibere, perpetua exceptione mulieri fidejubenti, et filiofamilias, qui mutuam pecuniam acceperit, data, qua a vinculo obligationis se eximant (3).

(1) *L.* 1., *et passim cod. ad Senat. Consult. Vellejan.* (4. 29.)
(2) *L.* 1. *in princip., et passim ff. de Senat. Consult. Macedonian.* (14. 6.)
(3) *L. Qui exceptionem* 40. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

§. 706.

Ergo hujusmodi obligationes juris civilis auxilio destituuntur, non tamen omnino, sed ita tantum, ne actionem praestent: caeteros vero obligationum civilium effectus habent: atque ideo, si solutum fuerit, quod naturaliter tantummodo debitum erat, repeti non potest (1): praeterea admittunt compensationem (2) pignora, et fidejussores (3), si excipiatur obligatio prodigi, quippequem furioso, cujus nullus est in electus, leges comparant (4), novationem (5); atque etiam in constitutum deduci possunt (6).

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed, cum nulla* 4. *in fin. ff. de pact.* (2. 14.), *d. l. Qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)
(2) *L. Etiam, quod* 6. *ff. de compensationib.* (16. 2.)
(3) *L. Naturaliter* 13. *ff. de condiction. indebit.*
(4) *D. l. Is, cui bonis* 6. *in fin. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)
(5) *L.* 1. *in fin. ff. de novationib.* (46. 2.)
(6) *L.* 1. §. *Debitum* 7. *ff. de pecunia constitut.* (13. 5.)

§. 707.

Aliae sunt obligationes naturales, quae omni juris civilis auxilio destituuntur, sed solo promittentis, et debentis pudore continentur; qualis est obligatio remunerandi beneficii praestandi legata integra absque falcidiae diminutione (1), vel executioni mandandi testamenti minus solemnis (2), quae idcirco, si per errorem facti soluta fuerint, repeti possunt (3). Sed haec ad institutum nostrum non pertinent.

(1) *L. Fideicommissum* 7. *cod. de condiction. indebit.* (4. 5.)
(2) *L. Error facti* 9. *cod. ad leg. falcid.* (6. 50.)
(3) *D. l.* 7. *De condiction. indebit.*, *d. l.* 9.

§. 708.

Obligatio naturalis simul, et civilis, seu mixta dicitur illa, quae tum naturalis aequitatis, tum juris civilis praesidio munita est, quam superius ex Justiniano definivimus (§. 695.): atque ideo parit omnes omnino effectus, qui a jure civili pendent, quorum praecipuus est actio ad petendum, atque obtinendum id, quod alter debet

(1): haec autem obligatio in jure, ut plurimum, civilis appellatur, (2), altera naturalis, et merito; cum obligationis mere civilis ratio habenda non sit (§. 698.)

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

(1) *Princip. institut. de actionib.* (4. 6.)

(2) §. 1. *institut. hoc tit.*

§. 709.

Civilis obligatio hoc sensu sumpta, quatenus opponitur naturali, bifariam dividitur a caussa efficiente remota, vel proxima. A caussa efficiente remota aliae dicuntur a Justiniano civiles, aliae praetoriae: civiles in specie sunt, quae ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, vel jurisconsultorum auctoritate descendunt (1); praetoriae, quas praetor pro jurisdictione sua, naturalem aequitatem secutus, induxit. Caeterum, cum Justinianus ipse praetorum edicta ad jus civile aliquando referat (2), idcirco civilium nomine perpetuo complectemur etiam praetorias, maxime quia nec in foro haec distinctio usum habet; naturalium vero, quae nullo juris sive civilis, sive praetorii auxilio munitae sunt.

(1) *L. Jus autem civile* 7. *in princip. ff. de justit., et jur.* (1. 1.)

(2) §. *Praetorum quoque* 7. *instit. de jur. natural., gentium, et civil.* (1. 2.)

§. 710.

Quod si obligationes a caussa efficiente proxima aestimentur, aliae descendunt ex contractu, aliae ex quasi contractu; quaedam ex maleficio, seu delicto, aliae ex quasi maleficio, seu quasi delicto (1). Hae quatuor obligationum caussae a Justiniano recensitae principales sunt, et frequentiores; sed praeterea quaedam sunt obligationes, quae ex nulla harum caussarum pendent; sed proprio quodam jure, ut ait Gajus, ex variis caussarum figuris nascuntur (2), puta ex pactis legitimis, aut illis, quae contractibus incontinenti adjiciuntur (§. 703.)

(1) §. *Sequens divisio* 2. *institut. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 711.

Contractus, qui generatim potest definiri: conventio duorum, vel plurium civilem ex se obligationem pariens, vel late, vel stricte sumitur. Contractus late sumptus complectitur omnes cujuscumque generis conventiones, quae a legibus probantur, non tantum, quae ultro citroque obligationem pariunt, sed quae ex una tantum parte, veluti donationes (1), precarium (2): immo et ipsos quasi contractus, veluti tutelae administrationem, negotiorum gestionem, rerum communionem (3), atque haereditatis aditionem (4): si vero strictius accipiatur contractus nomen, solas continet conventiones, quae ultro citroque obligant (5).

(1) *L. Contractus* 17. *cod. de fide instrumentor.* (4. 21.)

(2) *L. Contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *D. l.* 23. *fer. in princip.*

(4) *L. Apud Julianum* 3. §. *ult., et l. seq. ff. ex quib. caus. in possession. eat.* (42. 4.)

(5) *L. Labeo* 19. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 712.

Latissima etiam significatione contractus usurpari potest ad designandas quascumque conventiones, sive a legibus civilibus speciatim probentur, atque ideo civiles effectus pariant, sive non (1): sed intra meros juris naturalis fines consistant: priores conventiones legitimorum pactorum nomine donantur (2): posterioribus pacti nudi nomen accommodatur (3).

(1) *L.* 1. §. *Conventionis* 3. *ff. de pact.* (2. 14.)

(2) *L. Legitima* 6. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed, cum nulla* 4. *ff. eod. tit.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 713.

Quasi contractus nomine significantur praesumptae quaedam a legibus conventiones, quae ex facto licito oriuntur. Praesumptam, dicimus, quasi contractui inesse conventionem, non vero expressam, vel tacitam, si enim vel tacita conventio adsit, contractus est (1): pro expresso in contractibus habetur, quod tacite inest (2): atque hinc tacite contrahi dicuntur societas (3), mandatum (4), locatio, conductio (5).

(1) *L. Labeo ait 2. princip., et* §. 1., *l. Item, quia conventiones* 4. *ff. de pactis* (2. 14.)

(2) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Societatem* 4. *ff. pro socio* (17. 2.)

(4) *L. Qui patitur* 18. *ff. Mandati* (17. 1.)

(5) *L. Item quaeritur* 13. §. *ult. ff. Locati.* (19. 2.)

§. 714.

His adde, furiosum, qui nec expressi, nec taciti consensus capax est, quasi contrahere posse, et obligari ex quasi contractu, etiamsi curatoris consensus non interveniat (1): quinimmo traditur, ex quasi contractu etiam invitos, et ignorantes adstringi (2). Si quis vero tacitam voluntatem appellare velit, quae a lege, et quidem ex justa caussa, praesumitur, nihil impediet, quominus hoc sensu tacitus quasi contractibus consensus inesse dicatur.

(1) *L. Furiosus* 46. *ff. hoc tit.*

(2) §. 1. *instit. de obligationib., quae quasi ex contract. nascunt.* (3. 28.)

§. 715.

Igitur quasi contractus nititur facto licito, seu non turpi, quo distinguitur ab obligationibus ex maleficio, vel quasi maleficio. Maleficia, quae obligationem civilem pariunt quatuor enumerat Justinianus, furtum, rapinam, damnum injuria datum, et injuriam (1): atque totidem referuntur quasi maleficia, seu quasi maleficii species (2): quas suis locis expendemus.

(1) *Princ. instit. de obligationibus, quae ex delict. nascunt.* (4. 1.)

(2) *In tit. instit. de obligationibus, quae ex quas. delict. nascunt. lib.* 4. *tit.* 5.

§. 716.

Contractuum diversa quatuor genera recenset idem Justinianus, quorum alii re, alii verbis, alii litteris, postremi consensu contrahantur (1): idest tum demum perfecti sunt, cum res, quaedam verba, vel litterae intervenerint: quod autem dicitur, quosdam contractus consensu perfici, non ita accipiendum, quasi priores absque consensu subsistant; cum nulla sit absque consensu obligatio (2); sed quatenus postremi praeter consensum nec rem, nec verba, nec litteras, seu scripturam desiderant.

(1) §. *ult. in fin. instit. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Conventionis* 3. *in fin. ff. de pact.* (2. 14.)

§. 717.

Justinianus inter obligationum caussas non numerat pacta; quia ex his plerumque non nascitur actio (§. 703.), praecipuus effectus obligationum, quas Imperator ex proposito expendit. Porro, licet plerique existiment, hodie etiam ex nudo pacto actionem oriri, atque ideo sentiant, inutilem fere esse singularem de pactis tractationem, quia tamen quaedam sunt omnibus conventionibus, sive pacti, sive contractus nomine donentur, communia, quoad personas paciscentes, vel contrahentes; res, de quibus conventio initur, nec non paciscendi, vel contrahendi modum, idcirco opportunum ducimus generatim de pactorum vi, et conditionibus in primis agere, antequam diversas contractuum species sigillatim expendamus.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

TITULUS IV.

De Pactis.

Instit. lib. 3. tit. 14. *De obligationib.*
Digest. lib. 2. tit. 14. } *De pactis.*
Cod. lib. 2. tit. 3. }

SUMMARIA.

Pactum est consensus duorum, vel plurium in idem, seu in eandem rem. §. 718.
Conventio proprio nomine carens, nec civilem habens obligandi caussam, pacti nomine donatur: si alterutrum adsit, contractus dicitur. §. 719.
Quae sint de pactis sigillatim explicanda? §. 720.

§. 718.

Pactum generatim ab Ulpiano definitur *consensus duorum, pluriumve in idem placitum* (1): in primis pactum dicitur consensus, seu conventio duorum, vel plurium; quia nulla potest esse, nec intelligi conventio sine consensu (2) expresso, vel tacito (§. 713.): verba haec etiam contractibus accommodantur, adeoque tenent in definitione locum generis; quatenus tamen pactum dicitur consensus duorum, vel plurium, distinguitur a promissione, seu pollicitatione, quae a solo promittente pendet: *pactum*, ait idem Ulpianus, *est duorum consensus, atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum* (3).

(1) *L.* 1. §. *Et est pactio* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. *Conventionis* 3. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *L. Pactum* 3. *ff. de pollicitationibus* (50. 12.)

§. 719.

Additur *in idem placitum*, seu in eandem rem; non enim duo, vel plures pacisci inter se possunt, nisi de eadem re consentiant: si consensus praestitus sola per se naturali aequitate firmetur, neque proprium nomen habeat, nec civilem obligandi caussam, seu nulla adsit obligandi caussa, ut ait Ulpianus, praetor conventionem (1) (caussae nomine intelligunt dationem, vel factum, quae civilem obligationem sua natura producit, prout contingit in contractibus innominatis), pactum appellatur: quod si conventio proprium nomen habeat, vel caussam obligandi, contractus est nominatus (2), vel innominatus (3).

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed si nulla* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. §. *Sed etsi in alium* 2.

§. 720.

Hisce generatim de pacti natura cognitis, plura sunt singularia pactorum capita sigillatim expendenda; quorum pleraque lucem afferunt contractibus, de quibus deinceps acturi sumus. Igitur in primis inquirendum est, quotuplicis generis sint pacta. 2. Quibus pacisci liceat, et an pactum unius alteri prodesse possit, vel nocere. 3. De quibus rebus pacisci liceat, necne. 4. Quae sit pactorum vis.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

CAPUT I.

Quotuplex sit pactum.

SUMMARIA.

Pacta publica sunt, vel privata: haec nuda, vel non nuda: realia, vel personalia: expressa, vel tacita. §. 721.

Pactum nudum dicitur, quod sistit intra nudos conventionis terminos, atque solam naturalem obligationem parit. Quale non nudum, seu vestitum sit? §. 722.

Pacta quaedam, veluti donationis, dotis, hypothecae, et constituti a jure confirmantur. §. 723.

Obligationem civilem producunt pacta incontinenti adjecta contractibus bonae fidei. §. 724.

Pacta etiam incontinenti adjecta contractibus stricti juris actionem non dant. §. 725.

Quae dicantur in jure pacta adjicientia, vel detrahentia? §. 726.

Usu fori pacta nuda actionem pariunt, dummodo praescriptae a municipalibus legibus solemnitates adhibitae fuerint. §. 727.

Nihil tam congruum est humanae fidei, quam ea, quae inter contrahentes placuerunt, servare. §. 728.

Cur pacta nuda apud Romanos actionem non parerent, haec autem vis stipulationi inesset? §. 729.

Realia sunt pacta, quae de re ipsa fiunt, nulla personarum ratione habita. Personalia, quae ad personam directe referuntur. §. 730.

Pactorum, quae tacite insunt, exempla plura sunt in Romanis legibus. §. 731.

§. 721.

Pacta generatim dividuntur in publica, et privata: posteriorum plures sunt species. 1. Alia dicuntur nuda, alia non nuda. 2. Quaedam sunt realia, alia personalia. 3. Dividi possunt pacta in expressa, et tacita. Pacta publica sunt, quae fiunt ab habente publicam potestatem de rebus publicis, puta bello, et pace (1): haec autem pacta, recte ait Voetius, ubicumque interposita sunt, servari debent; non tantum si cum aliis populis liberis inita fuerint; sed et si cum civibus (2); quia juris gentium communione, qua homines, nituntur, atque ideo bis data fides neutiquam fallenda (3): privata autem sunt pacta, quae a privatis, vel etiam a viris publica potestate fungentibus, sed de privatis rebus ineuntur (4): etenim Princeps quoque suum habet patrimonium a publica caussa sejunctum.

(1) *L. Conventionum* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 10. *in fin.*

(3) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 5. *in med. ff. hoc tit.*

§. 722.

Pactum, utique privatum, nudum dicitur, quod sistit intra nudos conventionis terminos, et solam naturalem parit obligationem (1); non nudum vero, seu vestitum, ut parum latine ajunt interpretes, illud est, quod praeter conventionem extrinsecus aliquam habet civilem obligandi caussam (2): haec porro caussa obligandi a legibus proficiscitur, vel a modo, seu tempore, quo ineuntur, videlicet si incontinenti adjiciantur contractibus bonae fidei (3).

(1) *D. l. Conventionum* 5., *junct. l. Juris gentium* 7. §. *Sed cum nulla* 4., *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *L. Legitima* 6., *junct. l.* 7. §. 2., *et seqq. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. §. *Quinimmo* 5. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

§. 723.

Pactorum, quae a legibus confirmantur, atque ideo legitima dicuntur (1), plura sunt exempla; alia quidem a jure civili vim accipiunt, veluti pactum donationis (2), dotis (3); aut a jure praetorio, velut hypotheca (4), et constitutum (5).

(1) *L. Legitima* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis argentum* 35. *cod. de donationib.* (8. 54.)
(3) *L. penult. cod. de dot. promission.* (5. 11.)
(4) *L. Si tibi* 17. §. *De pignore* 2. *ff. hoc tit.*
(5) *L.* 1. *ff. de pecun. constitut.* (13. 5.)

§. 724.

Vim quoque civilem obligandi habent pacta, si incontinenti adjiciantur contractibus bonae fidei (1), atque pariunt actionem eandem, quae nascitur ex contractu, cui adjecta fuerunt, puta ex empto, si contractui emptionis, et venditionis accesserint. Fingamus, fundum ea lege venditum fuisse, ut emptor eundem venditori locare teneatur; vel pacto adjecto, ne in alterum ab emptore distrahi possit, praeterquam in venditorem; ad complendum id, de quo tempore emptor, et venditor pacti sunt, ex vendito agi potest (2); licet venditi actio tantum per se comparata sit, ut pretium cum usuris ex mora solvatur.

(1) *D. l. Jure gentium* 7. §. *Quinimmo* 5. *ff. hoc tit.*, *l. In bonae fidei* 13. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Qui fundum* 75. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 725.

Duas conditiones requirunt Jureconsulti, ut pactum contractui adjectum pariat actionem. 1. Ut adjiciatur contractui bonae fidei. 2. Ut adjiciatur incontinenti, seu statim in ipsa celebratione contractus: si alterutrum desit, actionem ex pacto oriri nolunt. Hinc pacta adjecta contractibus stricti juris non dant actionem; veluti si, mutuis decem datis, quis pactus sit, ut undecim restituantur (1), vel ut solvantur usurae (2): proinde in utroque casu stipulatio necessaria est, si Romanarum legum subtilitas inspiciatur (3).

(1) *L. Rogasti* 11. §. 1. *ff. de rebus credit.* (12. 1.)
(2) *L. Quamvis usurae* 3. *cod. de usur.* (4. 32.)
(3) *D. l.* 3. *in princip.*

§. 726.

Altera conditio in eo est, ut pacta incontinenti adjiciantur contractibus bonae fidei (1): sed haec pertinent ad pacta adjicientia, non autem ad detrahentia, prout modo declarabimus. Pacta adjicientia nominantur, quibus adjiciuntur contractui, non substantialia, ut ajunt, sed accidentalia: veluti ut pignora, fidejussores, arrhae dentur, evictio praestetur (2): detrahentia sunt, quae mutant substantiam contractus; atque efficiunt, ut videatur novus quidam contractus celebratus (3). Priora, seu adjicientia actionem non pariunt, sed tantum exceptionem; detrahentia vero actionem omnino producunt (4).

(1) *D. l. Juris gentium* 7. §. *Quinimmo* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Pacta conventa* 72. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)
(3) *D. l.* 72. *in med.*
(4) *D. l.* 72., *l. Juris gentium* 7. §. *Adeo autem* 6. *ff. hoc tit.*

§. 727.

Paucis, quantum licuit, complexi sumus, quae de vi pactorum Romanae jurisprudentiae auctoribus tradere placuit, ut ita intelligi, atque explicari possint plura legum Romanarum fragmenta. Caeterum usu fori ubique recepto nulla amplius distinctio fit

Inst. l. 3 tit. 14. ff. l. 2 tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

intes nuda pacta, et non nuda: sed omnia actionem pariunt (1), dummodo solemnitates, puta scripturae, notarii, et testium interventus, jure municipali praescriptae, fuerint observatae; atque serio, nec non deliberato animo inita sint.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib. 2. tit. 14. num. 9.*

§. 728.

Atque ita receptum justa omnino ratione; quia, ut ipsemet tradit Ulpianus, nihil tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter homines placuerunt, servare (1): atque ideo Praetor edicto suo ait, se vim daturum pactis, quae neque dolo, neque adversus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta Principum, sive directe, sive indirecte inita fuerint (2).

(1) *L. 1. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Juris gentium 7. §. Ait praetor 7. ff. hoc tit.*

§. 729.

Nec satis firma videri potest ratio, qua moti jureconsulti pacta a contractibus distinxerunt, videlicet ne ex conventionibus inconsiderate, atque praecipitanter initis homines devincerentur; etenim, praeterquamquod idem fere incommodum timeri potest in plerisque aliis pactis, quae singulari jure Romanis probare placuit, vel quae contractibus adjiciuntur, potissimum si detrahentia sint (§. 726.), haec ratio probaret, non tantum actionem, sed et exceptionem, compensationis vim, caeterosque civiles effectus pactis nudis denegari debuisse, contra quam factum est (§. 706.): proinde rectius sentiunt, qui tradunt, hanc Romanorum prudentum subtilitatem inde apud Romanos inductam, quod vix ipsi probare vellent, quae Romana, ita dixerim, civitate donata non fuissent; ut ex eo patet, quod stipulatio, sola verborum formula a pactis distincta (1), plenissimum obligandi robur haberet (2).

(1) *Princip., et §. 1. institut. de verbor. obligationib.* (3. 16.)

(2) *D. princip. institut., junct. l. Quamvis usurae 3. cod. de usur.* (4. 32.)

§. 730.

Sequitur altera pactorum divisio in realia, et personalia (1). Realia appellantur, quae de re ipsa concipiuntur, nulla habita personarum speciali ratione: veluti si quis generatim paciscatur, seu spondeat, se minime petiturum: personalia vero, quae ad personam referuntur; puta si quis paciscatur, se a Titio minime petiturum (2). Utrum porro in rem, an in personam pactum initum sit, non tam ex verbis, scite animadvertit Ulpianus, quam ex mente paciscentium aestimandum est (3): plerumque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est (4).

(1) *L. Juris gentium 7. §. Pactorum quaedam 8. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 7. §. 8. in princip.*

(3) *D. l. 7. §. 8. in med.*

(4) *D. l. 7. §. 8. in fin. ff. hoc tit.*

§. 731.

Postremo ex pactis quaedam expressa sunt, alia tacita: expressa, quae sint, satis constat; tacita ex praesumpta voluntate desumuntur; atque horum plura sunt exempla: veluti in invectis, et illatis in praedium urbanum, qua tacite pro pensionibus obligata sunt (1), in creditoribus, qui haereditate vendita agere coeperint adversus emptorem, et hic actiones sponte susceperit; quippequi tacite convenisse videntur, ne a venditore petant (2); quin intersit, quod creditor emptorem falso putaverit esse solvendo (3); sibi imputet, quod secutus fuerit illius fidem, cujus conditionem ignorabat (4): atque creditor, qui in futurum usuras a debitore accepit, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat (5).

(1) *L. Item, quia 4. ff. hoc tit.*

(2) *L. Post venditionem 2. cod. hoc tit.*

(3) *Argum. L. 1. §. Illud sciendum 10., et sequ. §. Si quis pignus 15. ff. de separationib.* (42. 6.)

(4) *L. Qui cum alio 19. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(5) *L. Qui in futurum 57. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

CAPUT II.

Qui pacisci possint, et quibus paciscendo prodesse liceat, vel nocere.

SUMMARIA.

Pacisci possunt omnes, qui perfectum habent animi judicium, nec lege prohibentur. §. 732.

Pacta realia prosunt haeredibus, et fidejussoribus paciscentis. An uni tantum haeredi pacisci liceat? §. 733.

Filius patri paciscendo prodesse potest: non contra, si jus Romanum inspiciamus, nec extraneus extraneo. §. 734.

Pater filio, extraneus extraneo usu fori recte paciscitur, saltem si jusjurandum intercesserit, vel notarius pro altero stipulatus sit. §. 735.

Pacta in rem prosunt omnibus, quorum obligationem dissolutam esse interest paciscentis. §. 736.

Pactum rei principalis non prodest fidejussori, si hic intercesserit animo donandi: vel si nominatim conventum fuerit, ne a solo reo petatur. §. 737.

An fidejussor liberetur, si pactum de non petendo tacite inductum sit ex chirographi redditione? §. 738.

Chirographo uni ex duobus reis restituto, alter correus non liberatur. Quid si expresse conventum sit de non petendo? §. 739.

Fidejussoris pactum non prodest principali debitori, nisi ille fidejusserit in rem suam nec pactum fidejussoris prodest confidejussoribus, nisi socii sint. §. 740.

Pacta personalia neque haeredibus, nec successoribus singularibus prosunt. §. 741.

Pactum personale jure novo, ex quo fidejussoribus competit beneficium excussionis, his quoque prodest. §. 742.

Pactum in dubio reale potius praesumitur, quam personale. §. 743.

§. 732.

Pacisci generatim possunt omnes, qui perfectum habent animi judicium, nec ulla lege prohibentur: ex imperfecto animi judicio pacisci nequeunt pupilli, saltem infantes, amentes, et furiosi: legum sanctione paciscendi facultas denegatur prodigo, cui bonis interdictum sit (1): prout infra explicabimus, cum, Justiniani vestigiis inhaerendo, de verborum obligationibus, seu stipulationibus, agemus.

(1) *§. Furiosus 8., §. 9., et 10. institut. de inutilib. stipulationib.* (3. 20.)

§. 733.

Quaedam hoc loco expendenda putamus de vi pactorum quoad alios; atque in primis distinguenda sunt pacta realia a personalibus. Pacta in rem concepta prosunt tum haeredibus (1), tum fidejussoribus paciscentis (2). Immo potest paciscens, si velit, non omnibus simul haeredibus, sed uni tantum paciscendo prodesse (3); si modo obligatio in faciendo, non in dando consistat (4): quia obligatio dandi realis est, quae in haeredes natura sua transit; faciendi vero personalis, quae idcirco unius haeredis favore subsistere potest.

(1) *L. Si pactum 9. ff. de probationib.* (22. 3.)

(2) *D. l. 21. §. ult. l. ult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(3) *L. Avus* 33. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Continuus* 137. §. *ult. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

§. 734.

Ergo, si ex Romanorum prudentum placito res dijudicetur, quisque potest non sibi tantum, sed etiam suis haeredibus consulere, cùm immo illis consuluisse praesumatur, nisi aliud significaverit (1): filius quoque in potestate constitutus patri suo potest paciscendo prodesse; non tamen contra, nec potiori ratione extraneo per pactum, vel stipulationem actio quaeritur (2).

(1) *L. Si pactum* 9. *ff. de probationib.* (22. 3.), *l. Veteris juris* 13 *cod. de contrahend., et committend. stipulation.* (8. 38.)

(2) §. *Si quis alii* 4. *institut. de inutilib. stipulationib.* (3. 20.)

§. 735.

Sed ab hac subtilitate in foro partim recessum est, atque receptum, ut pater filio (1), atque extraneus extraneo recte paciscatur, saltem si adsit jusjurandum (2); cum enim beneficio affici hominem intersit hominis, ut ait Papinianus (3), nulla videtur conveniens ratio, cur pactum unius alteri prodesse denegetur. Sententiam hanc Senatus Pedemontanus, teste Thesauro, sequi solet, si notarius pro altero stipuletur (4).

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 89. *num.* 2.

(2) *V. supra* §. 570., *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 11. *in med.*

(3) *L. Servus* 7. *in fin. ff. de serv. exportand.* (18. 7.)

(4) *Thesaur. decis.* 70. *num.* 2. ✠. *Osasc. decis.* 33. *in fin.* ✠

§. 736.

Pacta in rem, ait Paulus, omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse interest ejus, qui paciscebatur (1): quippe haec praesumitur justa paciscentis voluntas: atque hinc sequitur, prout diximus (§. 733.), pactum rei principalis prodesse fidejussori (2); interest debitoris liberari fidejussores, qui alioquin reum actione mandati conveniret (3).

(1) *D. l. Et haeredi* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 21. §. *ult. in fin.*, *l. Quod dictum* 32. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 32. §. *Si quid autem* 6. *institut. de fidejussorib.* (3. 21.), *Fab. cod. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *definit.* 6. *num.* 2. *in corp.*

§. 737.

Haec tamen regula suas habet exceptiones: et primo quidem, si fidejussor actione mandati a reo repetere nequeat, quod pro illo sòlvit, pacto in rem debitoris non juvatur, veluti si intercesserit animo donandi (1); in hoc enim casu non interest paciscentis, fidejussorem liberari (2). Altera est, si nominatim pactum sit, ne a solo reo petatur (3): nihil enim prohibet, quominus creditor et debitor simul paciscentes hanc rebus suis legem dicant (4).

(1) *D. l. Quod dictum* 32. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Et haeredi* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Nisi hoc actum* 22. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Ob res quoque donatas* 20. §. 1. *ff. de pact. dotalib.* (23. 4.)

§. 738.

Non tamen exceptio admitti debet in eo casu, quo pactum de non petendo tacite inductum sit ex chirographi redditione debitori facta a creditore (1); quocumque enim modo debitor principalis liberetur, seu, ut melius dicam, principalis obligatio dissolvatur, extingui etiam debet obligatio fidejussoris (2), tamquam accessoria (3); maxime quia aliter non prodesset liberatio debitori, qui fidejussorem suum indemnem servare tenetur (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. definit.* 6. *num.* 8. *in corp.*
(2) §. *Fidejussores ita* 5. *institut. de fidejussorib.* (3. 31.)
(3) *L. Nihil dolo* 129., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(4) §. *Si quid autem* 6. *institut. de fidejussorib.* (4. 21.)

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

§. 739.

Aliud obtinere tradit Faber in pluribus correis debendi; nimirum non liberari alterum reum, tametsi creditor uni remiserit chirographum obligationis (1): quia remissio haec potius demonstret, reo mandatas adversus correum actiones, quam tacite inductum pactum de non petendo a correo. Sane tum chirographi (2), tum pignoris restitutio (3) tacitam liberationem parit favore illius, cui restitutio facta est; sed liberalitas haec non videtur extendenda ad alios, cum quibus nec tacite pepigit creditor. Quod si expressum intercesserit pactum de non petendo, alter quoque reus liberatur, licet socii non sint, si aliquibus credimus; quia reale in dubio judicatur pactum (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. definit.* 6. *num.* 3. *et seqq. in corp.*
(2) *L. Labeo ait* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Creditricem* 7. *cod. de remission. pignor.* (8. 26.)
(3) *L. Postquam pignus* 3. *ff. hoc tit.*
(4) *Argum. l. Idem in duobus* 25. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 6. *in princip.*

§. 740.

Non sicuti rei principalis pacta fidejussori plerumque prosunt (§. 736.), ita et fidejussoris debitori, tametsi in rem concepta sint (1); quia fidejussoris non interest reum liberari, nisi forte fidejussor in rem suam spoponderit (2); puta spoponderit pro eo, qui in utilitatem fidejussoris pecuniam mutuam accipiebat; in hoc enim casu multum interest fidejussoris reum liberari. Neque pactum unius fidejussoris prodest alteri fidejussori (3), nisi socii sint (4): plerumque tamen pactum fidejussoris tum reo, tum confidejussoribus doli exceptionem tribuit, videlicet, si id actum sit, ne ab alterutro petatur (5). Plane si duo rei debendi sint, et socii, unius pactum alteri prodest (6).

(1) *L. Fidejussoris autem* 23. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Sed si fidejussor.* 24. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 23. *in med. ff. hoc tit.*
(4) *L. Idem in duobus* 25. *ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 25. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. hoc tit.*
(6) *D. l.* 25. *in princip.*

§. 741.

Pacta personalia plerumque non egrediuntur paciscentis personam; adeoque nec haeredibus prosunt (1): multo minus emptoribus, legatariis, donatariis, et similibus successoribus singularibus. Nec adversatur Ulpianus, ajens, pactum in personam conceptum emptori prodesse (2); ut enim ex integro textu apparet, Jureconsultus agit de pacto reali, quod emptori prodesse ait, *etiamsi in personam conceptum est;* quia personae mentio eo consilio facta est, ut demonstretur, cum quo pactum factum sit, non ut pactum personale fiat, quemadmodum monet idem Ulpianus (3).

(1) *D. l. Idem in duobus* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Si tibi* 17. §. *Si quis paciscatur* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 17. §. *Pactum* 5.
(3) *L. Juris gentium* 7. §. *Pactorum* 8. *ff. hoc tit.*

§. 742.

Multo minus pactum personale prodest fidejussori, si jus antiquum inspiciamus (1): sed jure novo, quo fidejussoribus datum est beneficium excussionis, ita ut creditor adversus fidejussorem agere nequeat, nisi prius excusso principali debitore, eoque non

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

solvente (2), fidejussor ex accidenti juvatur pacto a creditore cum debitore inito de non petendo.

(1) *Argum. l. Nisi hoc actum* 22. *ff. hoc tit.*

(2) *Novell.* 4. *cap.* 1. *Auth. Praesente post l.* 3. *cod. de fidejussoribus.* (8. 41.)

§. 743.

Si dubitetur, an pactum reale sit, an personale, reale potius praesumendum plerique existimant (1); unusquisque censetur iis omnibus per pactum prodesse velle, quorum obligationem dissolutam esse ipsius interest (2); atque potissimum haeredi suo consulere (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *d. def.* 6. *in princ.*

(2) *L. Et haeredi* 21. *§. ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si pactum* 9. *ff. de probationibus* (22. 3.), *l. Veteris juris* 13. *cod. de contrahend., et committend. stipulat.* (8. 38.)

CAPUT III.

Quae res in pactum deduci possint.

SUMMARIA.

Pacisci non licet, ne dolus praestetur. Quid de pacto, ne dolo agatur? §. 744.

Nec pacisci licet, ne furti, vel injuriarum agatur ante furtum patratum, vel illatas injurias. §. 745.

Pacta inepta, vel quae nullam justam habent caussam, a legibus non probantur. Quid si ejusdem conventionis plura sint capita. §. 746.

Rata non habentur pacta, quae ad publici juris laesionem pertinent. §. 747.

Pacta de haereditate viventis apud Romanos improbata fuerunt: usu fori probantur, si fiant occasione matrimonii, vel ingressus in religionem. §. 748.

Societate universorum bonorum inita, haereditates quoque, et legata inter socios communicantur. §. 749.

Pactum de salario, vel quota litis inter advocatum, et clientem reprobatur. §. 750.

Advocatus pacisci non potest de quota litis cum cliente, quamdiu lis pendet. §. 751.

Nec de palmario, seu honorario in casum, quo lis vincatur, advocatus cum cliente pacisci potest. §. 752.

Lis amplius pendere non videtur, cum advocatus omnia praestitit, quae vi officii sui praestare debet, licet sententia nondum lata sit. §. 753.

Lis, quae in eo statu est, ut statim finiri possit, pendere non intelligitur. §. 754.

Contractus onerosos liti extraneos advocatus cum cliente inire potest. §. 755. *et* 756.

An contractus gratuiti, vel liberalitates ultimae voluntatis, lite pendente, a cliente favore advocati subsistant? §. 757., *et* 758.

Leges odiosae, atque libertati contrahentium adversae interpretatione extendi non debent. §. 759.

Advocati, aut procuratores sive per se, sive per interpositam personam cum clientibus, quamdiu pro illis postulant, contrahere apud nos prohibentur: multo magis de quota litis, aut rei litigiosae. §. 760.

Advocati, et procuratores jurium cessiones admittere nequeunt, nisi in specialibus quibusdam casibus. §. 761.

Soli contractus onerosi, aut gratuiti de rebus ad litem pertinentibus, vel pacta de quota litis prohibentur caussarum patronis, atque procuratoribus. §. 762., *et* 763.

Cur pacta a contractibus lex municipalis distinguat? §. 764.

Lex nova, veteris collatione facta, facilius percipitur. §. 765., *et* 766. Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

Poena delicto commensurari debet. §. 767.

Medicus, chirurgus, et pharmacopola cum aegroto, quamdiu durat curatio, contrahere possunt: modo metus, et dolus absit. §. 768., *et* 769.

Medici hodie conditionis longe honestioris esse solent, quam olim forent apud Romanos. §. 770.

Pollicitationes ab aegrotis aegritudinis labore pressis, ejusque periculo perterritis factae medicis, quorum opera utuntur, viribus non subsistunt. Quare? §. 771. *et* 772.

Pacta, quae matrimonii libertatem tollunt, vel minuunt, improbantur: sed licet legare, et donare sub conditione viduitatis. §. 773.

Non valet pactum, quod impleri non interest paciscentis. §. 774.

Quid si caussa postea deficiat, vel impossibile fiat, quod promissum est? §. 775.

Valet pactum, ut quis rem suam vendere cogatur: nec sufficit dare id, quod interest, aut poenam conventam praestare. §. 776.

In obligationibus facti, usu fori, promissor aliquando non liberatur praestando id, quod interest. §. 777.

In pactum deduci possunt tum res, tum facta. Quid si alienum factum promissum sit? §. 778.

Facta plerumque justo pretio aestimari possunt: atque in hoc communis hominum opinionis ratio habenda est. §. 779.

Quid si contractui legitimo adjectum fuerit pactum, quod leges non probant? §. 780.

§. 744.

Pacisci generatim licet de omnibus negotiis, dummodo honesta, et possibilia sint. Imprimis negotium honestum esse debet, idest nec naturali rationi, nec legum sanctioni adversum. Tamquam rectae rationi contraria improbantur pacta, quae dolo, vel crimini caussam dare possunt: veluti *ne dolus praestetur* (1): valere tamen sentit Ulpianus pactum, *ne de dolo agatur* (2): forte quia indirecte tantum dolo datur occasio, cum inter paciscentes convenit, ne agatur de dolo: quod non omnes probant; neque enim, ajunt, permitti debet, ut indirecte fraus fiat legi naturali (3), quae dolum damnat; licet aliquando indirecte permittatur, quod directe vetitum est: si aeque in uno, ac in altero casu fraus legi non fiat (4).

(1) *L. Si unus* 27. §. *Illud nulla* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 27. §. 3. *in fin.*

(3) *L. Non dubium* 5. *cod. de legibus* (1. 14.)

(4) *L. Post legatum* 5. §. *Qui accusavit* 7., *et seqq.*, *l. Qui Titii* 7. *ff. de his, quae ut indign.* (34. 9.)

§. 745.

Hinc etiam improbantur pacta, quae turpem caussam continent: veluti ne furti, vel injuriarum agatur (1); quia, sublato poenae metu, invitari videtur quis ad delinquendum: quod si pactio haec post furtum patratum, aut allatas injurias ineatur, utique servanda erit (2); cessat enim legis prohibentis ratio; cum immo virtutis actum eliciat, qui furtum, vel injurias non ulciscitur.

(1) *D. l. Si unus* 27. §. *Pacta* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 27. §. 4. *in fin.*

§. 746.

Ad haec referri possunt pacta inepta, puta pretiosas vestes, ornamenta, aliaque sepulcro inferendi (1): vel quae nullam justam caussam habent; neque enim probari debet obligatio, cujus adimplendae non subest legitima caussa (2); si tamen ejusdem conventionis plura sint capita inter se connexa, quorum unum sine alio subsistere nequeat, vel natura sua, vel ex voluntate contrahentium, valet pactum, etiam sine

Inst. l. 3. tit. 14 ff. l. 2. tit. 14 Cod. l. 2. tit. 3.

specifica caussa, quia tunc unum ab altero pendet, et vim capit, perinde ac si de una re actum esset (3).

(1) *Argum. l. Servo alieno* 113. §. *ult. ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. ult.* §. *ult. ff. de aur. argent. legat.* (34. 2.)

(2) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

(3) *L. Si ex falsis* 42. *cod. de transaction.* (2. 4.), *l. Etiamsi patre* 29. §. 1. *ff. de minor.* (4. 4.)

§. 747.

Quaedam praeter haec pacta sunt, quae licet honesta, et justa sint, attamen vim non habent, quia a legibus improbantur, singulari aliqua ratione: atque ideo Praetor ea tantum pacta se servaturum profitetur, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatuseonsulta, edicta prineipum, neque quo fraus cui eorum fiat, inita sint (1): atque generatim prohibentur pacta, quae ad publicam laesionem, ut ait Ulpianus, pertinent (2); eum non deceat, jus publicum privatorum conventionibus immutari (3).

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Ait Praetor* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. §. *Si paciscar* 14.

(3) *L. Jus publicum* 38. *ff. hoc tit.*

§. 748.

Tamquam bonis moribus contraria, seu quia votum eaptandae mortis indueant, atque testandi faeultatem adimant, improbata fuerunt apud Romanos pacta de haereditate viventis, sive quibus jus successionis paciscenti adseratur, sive quibus futurae successioni renuncietur, nisi consentiat ille, cujus successio in pactum deducitur, atque in eadem voluntate usque ad supremum vitae spiritum perseveret (1). Verum usu fori probantur haec pacta, si modo fiant occasione matrimonii, vel ingressus in religionem, prout alibi fuse diximus (2).

(1) *L. Pactum, quod dotali* 15., *l. ult. cod. hoc tit.*, *l. Pactum dotali* 3. *cod. de collation.* (6. 20.)

(2) *V. supra* §. 548., *et seqq.*

§. 749.

Sane etiam apud Romanos probata fuerunt pacta de viventis haereditate, qui tamen incertus sit; quemadmodum contingit in societate universorum bonorum; hac enim inter plures contracta, et haereditates, et legata, et quod donatum est, et quacumque alia ratione acquisitum, inter socios commune fit (1): in hoc casu nec proxime timetur captandae mortis votum, nec ullatenus aufertur, aut minuitur testandi facultas, cum societas morte finiatur (2). Potiori ratione de haereditate defuncti pacisci licet (3).

(1) *L. Ea vero* 3. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.), §. *Manet autem* 4. *institut. de societ.* (3. 26.)

(2) §. *Solvitur adhuc* 5. *institut. eod. titul.*

(3) *L.* 1., *l. Cum proponas* 16. *cod. hoc tit.*, *l. De fideicommisso* 11. *cod. de transaction.* (2. 4.)

§. 750.

Nonnulla etiam pacta sunt legibus invisa propter periculum fraudis: veluti pactum de salario, vel quota litis inter advocatum, et clientem. Imprimis refert Ulpianus, ab Imperatore ita rescriptum: *litis caussa malo more*, idest de quota litis, *pecuniam tibi promissam, ipse quoque profiteris: sed hoc ita jus est, si suspensa lite*, idest lite pendente paciscatur, qui jam coeperat esse advocatus, *societatem futuri emolumenti cautio pollicetur:* societatem vi cautionis quasi contractam ait Imperator, quia ex pacto de quota litis advocatus particeps fit emolumenti: *si vero post caussam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem*, seu justam, atque ju-

dicis arbitrio definiendam, *quantitatem*, *etsi nomine palmarii*, idest victoriae, cum palma victoriam significet, *cautum sit: sic tamen*, *ut computetur quod datum est cum eo*, *quod debetur: neutrumque compositum licitam quantitatem excedat* (1): haec sunt, quae Imperator rescripsit: subjicit Ulpianus; licitam quantitatem intelligi pro singulis caussis usque ad centum aureos (2): non quod pro singulis haec summa accipi possit, sed ne summa haec unquam excedatur.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2 tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3

(1) *L.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *ff. de extraordinar. cognition.* (50. 13.)

(2) *D. l.* 1. §. 12. *in fin.*

§. 751.

Ex hac lege constat, advocatum cum cliente pacisci non posse, quamdiu lis pendet, de quota litis, seu sibi stipulari quandam summam habita ratione lucri, quod cliens ex lite consequetur (1); quia merito timetur, ne hujusce emolumenti spe lites acriores fiant, calumniandi caussa praebeatur, atque iniquus defensor caussis etiam iniquis praesto sit: quo pariter fundamento turpes litium alienarum redemptiones improbantur (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *ff. de extraordinar. cognit.* (50. 13.), *l. Sumptus* 53. *ff. hoc tit.*, *l. Si quis advocat.* 5., *l. Quisquis* 6. §. *Praeterea* 2. *cod. de postuland.* (2. 6.)

(2) *L. Litem* 15. *cod. de procurator.* (2. 13.), *l. Si remunerandi* 6. §. *ult.*, *et l. seq. ff. mandati* (17. 1.)

§. 752.

Idem fere jus, atque eadem ex caussa praescribitur de palmario, seu certa pecuniae summa honorarii, seu stipendii nomine promissa in eo casu, quo lis vincatur a cliente; nimirum post litem peractam haec pactio permittitur, dummodo immodica non sit promissa summa (1), ex quo colligunt interpretes, conventionem hanc quoque improbari pendente lite, seu caussa.

(1) *D. l.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *prop. fin. ff. de extraordinar. cognit.* (50. 13.)

§. 753.

Lis pendere dicitur, seu caussa nondum acta, quamdiu aliquid agendum superest advocato; omnibus vero a patrono vi officii sui praestitis, licet sententia nondum lata fuerit, pactiones hujusmodi non improbantur (1), cum cessent pericula, quae defensioni caussam praebuerunt (§. 751.). Sane lata sententia amplius incertus non est illius exitus, ut palmarii, seu victoriae nomine de certa pecuniae quantitate clientem inter, et advocatum conveniri possit.

(1) *D. l.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *ff. de extraord. cognit.* (50. 13.)

§. 754.

Cum autem, scite ait Faber, nec pendere intelligatur lis, quae in eo est, ut statim terminari possit (1): quemadmodum nec durare videtur tutela, quae statim finem acceptura sit (2), inde plures inferunt, litem actam, ita ut de quota litis, vel palmario inter patronum, et clientem pacisci liceat, accipiendam eam esse, quae prope finita est, licet aliquid levioris momenti agendum patrono fortassis supersit; maxime quia lex, quae hujusmodi pactiones prohibet, odiosa potius est, adeoque interpretatione, quoad fieri potest, restringenda (3).

(1) *Fab. cod. plus valer.*, *quod agit.*, *lib.* 4. *tit.* 17. *definit.* 4. *allegat.* 9., *argum. l. penult. ff. de testament. milit.* (29. 1.)

(2) *L. Non tantum* 17. *ff. de excusat.* (27. 1.)

(3) *Cap. Odia* 15. *extra de regul. jur. in* 6. *Decret.*, *junct. d. l.* 17. *ff. de excusationibus.*

§. 755.

Disputant interpretes, utrum prohibitio paciscendi de quota litis inter patronum, et clientem ad omnes cujuscumque generis contractus, sive onerosos, sive gratuitos

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2 tit. 3.

extendi debeat. Contractus onerosos liti extraneos a patrono, et cliente recte iniri, plerique existimant (1); quia in his nulla adsit suspicio malae litis per injuriam tuendae, aut prosequendae, cujus mali advertendi caussa leges prohibuerunt, ne fiant inter clientem, et patronum pacta de quota litis (§. 751.), vel de salario in casum victoriae (§. 752.), atque ideo, cessante legis ratione, ipsa quoque lex, potissimum odiosa (§. praeced.), cessare debet (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib. 2. tit. 14. num.* 18.

(2) *L. Quod dictum* 32. *ff. hoc tit.*, *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patron.* (37. 14.)

§. 756.

Quod si objiciatur constitutio Imperatorum, qua generaliter praescribitur, ut advocatus nullum contractum ineat cum eo litigatore, quem in propriam recipit fidem, neve ullam conferat pactionem (1), respondent, illius sententiam coercendam esse ad contractus de quota litis, vel palmario, vel de probrosa litis redemptione (2): tum quia non eadem est legis ratio (§. praeced.); tum quia leges veteres de pactionibus extra caussam litis mentionem non faciunt (3). Neque Imperatores Valentinianus, et Valens demonstrant, se jus antiquum abrogare velle, aut illius fines latius protrahere (4): adeoque generalia verba ex specialibus aliarum legum scitis explicanda sunt (5).

(1) *D. l. Quisquis* 6. §. *Praeterea* 2. *cod. de postuland.* (2. 6.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 18. *in fin. post alios.*

(3) *D. l.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *ff. de extraordinar. cognitionib.* (50. 13.), *d. l. Sumptus* 53. *ff. hoc tit.*, *d. l. Si qui advocat.* 5. *cod. de postuland.*

(4) *In d. l.* 6. §. 2. *cod. eod. tit.*

(5) *L. Sed et posteriores* 28. *ff. de legib.* (1. 3.), *junct. l. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 757.

Difficilior est quaestio de contractibus gratuitis, seu liberalitatibus a cliente in patronum erogatis; quibusdam placet, liberalitatem omnem pendente lite a cliente in patronum, vel procuratorem erogatam, sive actu inter vivos per donationem, sive ultima voluntate per legatum, aut fideicommissum nullam habendam esse (1), tamquam extortam metu litis, alioquin male defendendae potius, quam a libera voluntate profectam.

(1) *D. l. Quisquis* 6. §. *Praeterea* 2. *ff de postuland.* (2. 6.)

§. 758.

Verum alii, nec injuria, contendunt, ratas esse hujusmodi liberalitates, nisi aliud lege municipali cautum sit, vel circumventionis, atque minus liberae voluntatis indicia suppetant (1); quia in dubio quisque bonus creditur (2): neque metus in liberalitatibus, aut contractibus praesumitur, sed probandus est (3). Subjiciunt, tribunalia hodie non laborare tanta advocatorum penuria, ut cliens metuere debeat, se a patrono intempestive deserendum; cum immo facile possit, si malae administrationis vel levis suspicio adsit, caussam suam alteri patrono aequiori, et diligentiori committere (4).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 18. *in med.*

(2) *L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.)

(3) *L. Ad invidiam* 6., *l. Metum* 9. *cod. de his, quae vis, metusve caussa fiunt* (2. 20.)

(4) *Voet d. num.* 18. *prop. fin.*

§. 759.

His addi potest, grave nimis futurum tum patronis, tum clientibus, si, suscepta semel lite, contractus omnes inter utrumque prohibeantur; cum diuturniora plerumque sint litium finiendarum spatia; atque ipso litis tempore plures nasci possunt caussae,

vel occasiones contrahendi inter patronem, et clientem; nec non liberalitatis ab hoc in illum erogandae: quae nullam prorsus cum lite communionem habeant. Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

§. 760.

Romanarum legum sanctioni fere consentit jus municipale, quo jampridem utimur: eo quippe cautum, ne liceat advocatis, aut procuratoribus, neque per se, neque per interpositam personam cum clientibus, quamdiu pro illis postulant, seu eorum caussas tuentur, ullum inire contractum venditionis, donationis, permutationis, aut similis speciei: multo minus pactum quodcumque facere de quota litis, aut rei litigiosae; poena alioquin indicta restituendi rem acquisitam; praeter duplum ejus, de quo conventio inita fuerit (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 11. §. 1.

§. 761.

Praeterea interdicitur advocatis, et procuratoribus sub eadem poena, ne admittant quamcumque jurium cessionem, sub quolibet praetextu, aut specie; praeterquam in casibus, in quibus judicibus id permissum est (1): videlicet cum agitur de cessione actionum haereditariarum inter cohaeredes, aut cessio sit ex caussa, atque in solutionem crediti, aut tuitionem bonorum, quae ab ipsis possideantur (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 11. §. 2.
(2) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 11. §. 1.

§. 762.

Hinc etiam exurgit difficultas, utrum soli contractus onerosi, aut gratuiti de rebus ad litem pertinentibus, vel pacta de quota litis prohibeantur caussarum patronis, et procuratoribus, an omnes omnino. Priorem sententiam potiorem arbitramur; tum quia jus regium ita semper interpretandum est, ut, quoad minus fieri potest, a communi, seu Romano recedat (1); tum quia probabile non est, onus tam grave impositum fuisse caussarum patronis, nec non ipsis clientibus absque gravissima caussa: qualis non videtur remotissimum fraudis periculum, quod imminet ex caeteris contractibus, qui nec de quota litis, nec de re litigiosa fiunt (§. 755., et 759.)

(1) *L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellat.* (7. 62.)

§. 763.

Neque vim faciunt verba, quibus concepta est municipalis sanctio, quae omnem omnino contractum inter clientes, et caussarum patronos, quamdiu lis pendet, prohibere videntur; licet enim in primis caveatur, ne ullus fiat contractus, tum subjiciatur, multo minus iniri posse pacta de quota litis, aut re litigiosa (1); si singula legislatoris verba, ejusque consilium inspiciatur, apertissime constat, de illis tantum contractibus, et pactis sentire, quae ad litis quotam, vel rei litigiosae pertinent: primo prohibentur contractus venditionis, donationis, permutationis, hisque similes, tum pacta; sed contractus, et pacta ad easdem res referuntur, videlicet ad quotam litis, et rei litigiosae (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 11. §. 1.
(2) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 11. §. 1.

§. 764.

Mirum autem videri non debet, etsi contractus a pactis secernantur, seu utraque speciatim prohibeantur; immo pacta magis, quam contractus (1); etenim contractus vere a pactis differunt: contractus appellatione veniunt conventiones, quibus patronus quotam litis, vel rem litigiosam a cliente comparat, emptione puta, permutatione; quibus et adjicere placuit donationem (2): per pactum vero de quota litis, aut rei litigiosae intelligitur conventio, qua cliens spondet, se certam quantitatem, puta dimidiam ex ea, quam cliens litis caussa acquiret, patrono daturum (3): ex quo videtur

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

quaedam iniri societas emolumenti ex lite referendi inter advocatum, et clientem (4); atque idem dicendum de contractibus, vel pactis ad quotam rei litigiosae spectantibus.

(1) *Reg. Constitut. dict. lib.* 2. *tit.* 11. §. 7.
(2) *Reg. Constitut. d.* §. 7.
(3) *L. Sumptus* 53. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 1. §. *Si cui cautum* 2. *ff. de extraord. cognit.* (50. 13.)

§. 765.

Sed, ut mens legislatoris melius percipiatur, referre praestat verba, quibus olim eadem lex concepta fuit: *Ut sine fraude, et ambitionis respectu*, verba sunt D Amedei VII. (1), *caussas, quas patrocinandas assumpserint, patrocinari valeant, omnibus, et singulis advocatis hoc edicto prohibemus, ne cum personis, in quarum caussis officium exercebunt, quemcumque contractum venditionis, donationis, permutationis, ac alium, seu pactum de quota litis, seu rei litigiosae, hujusmodi caussis pendentibus, inire praesumant, sub poena dupli ejus, quod sic acquisierint, fisco nostro applicanda et per quemcumque advocatorum contra facientem committenda, ultra restitutionem rei, vel rerum acquisitarum, sive clientulis in integrum faciendam.*

(1) *Decreto* 17. *Jun.* 1430. *pen. Borel. part.* 3. *lib.* 4. *tit.* 29.

§. 766.

Hinc patet, legislatorem non sensisse de omnibus contractibus, etiamsi fiant de rebus ad litem non pertinentibus; sed de illis tantum contractibus, vel pactis, quae ad quotam litis, vel rei litigiosae pertinent. Quod si quis objiciat, jus municipale ex verbis, quibus hodie conceptum est, non quibus olim expressum fuit, dijudicandum esse (1): in promptu responsio est; novam legem ex priore non emendamus, sed, collatione veteris juris facta novum percipere tentamus: quod nemo absonum, aut vetitum recte dixerit (2).

(1) *Reg. Constitut. in praefat.* §. 4.
(2) *L. Sed et posteriores* 28. *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 767.

Postremo tum contractus, tum pacta, quae prohibentur advocatis, et procuratoribus, quamdiu lis pendet, atque clientibus patrocinium praestant (1), ad easdem res pertinere, seu ad conventiones de quota litis, aut rei litigiosae, aperte demonstrat unius, ejusdemque poenae indictio adversus delinquentes; videlicet rem clienti restituendi, et duplum fisco inferendi (2): sane, si patronus justo pretio fundum egregii valoris minime litigiosum emerit a cliente, prorsus absurdum, eundem cogere ad fundi restitutionem, neutiquam recepto pretio, de quo lex non meminit, et ad duplum favore fisci.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 2. *tit.* 11. §. 1.
(2) *Reg. Constitut. d.* §. 1. *in fin.*, *d. decr. D. Amedei VII.* §. 765.

§. 768.

Ex his colligi potest, quid sentiendum de contractibus initis a medico, chirurgo, aut pharmacopola cum aegroto, quamdiu durat curatio; etsi enim quidam sentiunt, contractum omnem, praecipue inter medicum, et aegrotum viribus destitui, utpote qui metu initus praesumi debeat; attamen, cum praesumptio haec nec a legibus probetur, nec justa ratione nitatur, nulla illius habenda ratio est; nisi vere constet, metu adactum fuisse aegrotum ad contrahendum: vel saltem metus non levia suppetant indicia, prudentis judicis arbitrio, singulis rerum adjunctis sedulo pensatis, aestimanda (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 19. *post alios quamplures.*

§. 769.

Nituntur, qui contra sentiunt, responso Ulpiani: sed temere prorsus: *si medicus*, inquit jureconsultus, *cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet; incivile factum praeses provinciae*

coerceat, remque restitui jubeat (1). Ex hoc sane responso, si vel obiter perpendatur, potius eruitur contraria sententia; agit enim Ulpianus de medico, qui compulit aegrotum, ut venderet: compulit, inquam, non simpliciter metu incusso, sed damno prius illato *per adversa medicamenta*; adeoque *contra fidem bonam* emptio, et venditio facta est. Ab hoc porro contractu ad alios argumentari nullatenus licet.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(1) *L. Si medicus* 3. *ff. de extraord. cognit.* (50. 13.)

§. 770.

His adde, dolum praesumi non debere (1): atque in dubio unumquemque bonum judicari (2): quod potissimum hodie medicorum favore credendum est, cum honestioris longe conditionis esse soleant, quam forent olim apud Romanos, apud quos medicae disciplinae operam dabant servi, aliique inferioris status, prout testantur Romanarum rerum periti; ita ut non omni prorsus suspicionis labe plerique carerent.

(1) *L. Dolum* 6. *cod. de dol. mal.* (2. 21.)

(2) *L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.)

§. 771.

Neque etiam contra sentientibus favet Imperatorum decretum, quo traditur. archiatris, idest medicis Principis, licere quidem accipere, *quae sani offerunt pro obsequiis,* non ea, *quae periclitantes pro salute promittunt* (1); etenim nihil aliud hisce verbis significant Imperatores, quam viribus destitui promissiones aegrorum, qui aegritudinis labore pressi, ejusque periculo perterriti, amplas pollicitationes offerunt, si convaluerint, medicis, quorum opera utuntur; sperantes, se ita obtenturos ab iis, ut majorem diligentiam adhibeant in curatione, atque ita aegri peroptatam salutem consequantur.

(1) *L. Archiatri* 9. *cod. de professor., et medic.* (10. 52.)

§. 772.

Porro hujusmodi promissiones reprobari suadet aequitas; tum quia non sponte omnino fiunt, sed metu mortis, vel longioris aegritudinis: quas ideo aegri non facerent, si tum corpore, tum sana omnino mente essent; tum quia medici etiam sine hisce illiciis, omnem, qua pollent, operam, adhibere tenentur in re tanti momenti; tum denique quia non a sola arte medica pendet sanatio: adeoque absque caussa reciperent, quod ultra conveniens honorarium ab aegris acciperent: quod leges non patiuntur (1).

(1) *L. Palam est* 2. § *Circa primam* 3. *ff. de dol. mal., et met. exception* (44. 4.)

§. 773.

Sed de his satis; progrediamur ad alia pacta, quae a legibus non probantur; inter haec sunt, quae matrimonii libertatem tollunt, vel minuunt; quia tum privatae, tum publicae rei interest, ut matrimonia libere contrahantur, nec poenae vinculo constringantur (1): licet tamen legare, et donare sub conditione viduitatis (2): quia non tam matrimonia in legando, vel donando impediuntur, quam, praemio proposito, ad vidualem continentiam quis invitatur; quod honestum est (3).

(1) *L. Titia* 134. *in princip. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.), *l. Libera* 2. *cod. de inutilib. stipulationib.* (8. 39.)

(2) *Novell.* 22. *cap. Quae vero nunc* 43.

(3) *Argum. l. Titio centum* 71. §. 1. *ff. de conditionib., et demonstrationibus* (35. 1.)

§. 774.

Neque etiam rata habentur pacta, quibus nulla subest justa obligandi caussa (1): puta si pactum fiat, ne cui locum suum dedicare liceat, neve in suo mortuum sepeliat, vel ne, vicino invito, praedium suum alienet; atque nihil intersit vicini, ne haec fiant, vel omittantur (2): si enim paciscentis interesset, utique servanda foret conventio (3): futurum alioquin, ut contra faciens teneatur ad id, quod interest, vel ad poenam, si qua adjecta fuerit (4).

(1) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *ff. de dolo mal., et met. exception.* (44. 4.)

(2) *L. penult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(3) *L. ult. cod. de pact. int. emptor., et venditor.* (4. 54.), *l. Qui Romae* 122. §. *Cohaeredes* 3. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(4) *D. l. ult., et d. l.* 122. §. 3., *l. Si ita quis* 135. §. *penult. ff. eod. tit. de verbor. obligat.*

§. 775.

Non tantum pacta, quae ab initio caussam non habent, legibus improbata sunt, sed etiam, quorum caussa deinceps deficit (1). Idem fere dicendum, si id, quod promissum est, impossibile, natura, vel jure fiat (2): quod si ob casum supervenientem res non impossibilis sed difficilis evadat, potest hinc quidem promissor a poena liberari, non autem solvitur a suscepta obligatione (3). De his infra fusius dicemus, cum de verborum obligationibus agendum erit.

(1) *D. l. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *in fin. ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

(2) §. 1., *et* 2., *et* §. *Si impossibilis* 11. *institut. de inutilib. stipulation.* (3. 20.)

(3) *L. Continuus actus* 137. §. *Illud inspiciendum* 4. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 776.

Sed si justa subsit paciscendi caussa, nec obstet ratio, aut singularis aliqua lex, de rebus omnibus pacisci licet. Atque hinc valet pactum, ut quis rem suam vendere cogatur, et servandum est; nec sufficit dare id, quod interest (1); quia stipulatori utilius esse potest rem habere, quam pretium, etiam immodicum; aliud autem pro alio, invito creditore, vel stipulatore, praestari nequit (2). Nec refert, quod chirographariae stipulationi fortassis adjecta sit poena ejus, quod interest (3): etenim poena favore stipulatoris adjicitur, si forte ad eam agere malit: sed non adimit actionem, qua promissorem ad fidem implendam cogat, si rem habere consultius ducat (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 11. *in princ.*

(2) *L. Nec quasi* 70. *ff. de rei vindication.* (6. 1.), *l. Mutuum* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Eum, a quo* 16., *et l. seq. cod. de solution.* (8. 43.)

(3) *Fab. d. definit.* 11. *num.* 3., *et* 4. *in corp.*

(4) *L. Praedia* 28. *ff. de action. empti* (19. 1.)

§. 777.

Quod si objiciatur, venditionem rem facti esse, in obligationibus autem facti debitorem liberari praestando id, quod interest (1): respondemus, usu fori in plerique casibus ab hac jurisprudentia recessum esse; atque inductum, ut quis ad factum praecise cogi possit (2); et merito, cum nihil tam congruum sit humanae fidei, quam ea, quae inter contrahentes placuerunt, servare (3), nec sinat aequitas, ut aliud pro alio stipulatori praestetur, atque damnum sentire cogatur ex dolo promissoris (§. praeced.)

(1) *L. Si quis ab alio* 13. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *l. Cum stipulatus* 113. §. 1., *et l. seq. ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 3. *d. def.* 11. *num.* 8., *et seqq. in corp.*

(3) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 778.

Ex his patet, non tantum res, sed etiam facta in pactum deduci posse; sive quis promittat proprium, sive alienum factum; ita ut promittens proprium factum illud implere teneatur; alioquin id, quod interest, praestat (1); quod si alienum factum promiserit, seu curaturum, ut alter faciat, prout spondere hodie censetur, ex quo factum alienum promittit (2), tenetur quidem omnem adhibere diligentiam, ut alter faciat: sed, diligentia adhibita, liberatur, tametsi alter facere nolit (3).

(1) *D. l. Cum stipulatus* 113. §. 1., *et l. seq. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *d. l. Si quis ab alio* 13. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(2) *Voet in Pandect. de verbor. obligat. lib.* 45. *tit.* 1. *num.* 5.

(3) *Vinnius comment. institut. lib.* 3. *tit.* 20. §. 3. *num.* 2. *in fin.*

§. 779.

Inst. l. 3. tit. 14 ff. l. 2 tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

Sane nemini dubium est, quominus factum justo pretio aestimari possit; adeoque solvi debeat, quod conventum est pro eo (1): si modo justa conventio sit, nec pretium immodicum, seu immodica merces, conventa fuerit; etenim pactum hoc accedit ad locationem, in qua merces quemadmodum in venditione, non pro arbitrio constituitur, sed ratio habenda est communis hominum aestimationis (2): quod si quis certam pecuniae quantitatem promiserit sub conditione faciendi, illa non debetur, nisi promissor vere fecerit, seu adimpleverit, quod spopondit (3).

(1) §. *Item quaeritur* 4. *institut. de location., et conduction.* (3. 25.)

(2) *Princip. et* §. 1. *institut. eod. tit., junct. l. Rem majoris* 2. *cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.)

(3) *L. Si quis ita stipulatus* 129. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 780.

Si pactum contractui adjectum a legibus improbetur, irritus fit contractus, si alioquin secutus non fuisset contractus; quia hoc casu ex contractu, et pacto una, et individua conventio exurgit, quae per partes subsistere nequit (1): quod si tum natura sua, tum ex contrahentium voluntate licitum pactum a contractu separari non possit, dat locum rescissioni contractus, si non impleatur (2): illicitum vero pactum contractui additum, sine quo tamen contractus adhuc celebratus fuisset, non impedit, quominus subsistat contractus, licet pactum nullius momenti sit, ne utile per inutile vitietur (3).

(1) *Argum. l. Stipulationum* 2. §. 1., *et seqq. ff. de verbor. obligationibus* (45. 1.)

(2) *L. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. inter emptor., et venditor.* (4. 54.)

(3) *L.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verbor. obligat., l. Placuit* 29. *ff. de usur.* (22. 1.)

CAPUT IV.

Qui sint pactorum effectus.

SUMMARIA.

Pacta apud Romanos actionem non dabant, sed usu fori ab hac subtilitate recessum. §. 781., *et* 782.

Paciscendo quisque sibi plerumque prodest, non alteri; nisi ipsius intersit, alterum pacto juvari. §. 783.

Personalia pacta paciscentis personam non egrediuntur. §. 784.

Pactum unius plerumque non nocet alteri. §. 785.

Fidejussor non adstringitur posteriore pacto, quo reus principalis rursus se obligaverit. §. 786.

Pactum prius per posterius eliditur non tantum ope exceptionis, sed et ipso jure, hodiernis fori moribus. §. 787.

An pactum majoris partis creditorum, qui debitori remiserint partem debiti, vel moram solvendi concesserint, noceat caeteris creditoribus, qui non consenserunt? §. 788., *et* 789.

Litterae moratoriae a Principe debitori obaerato concessae plerisque creditoribus consentientibus caeteros quoque tenent: nisi dolus intervenerit. §. 790.

Creditorum major pars pacisci potest cum haerede legitimo, vel testamentario debitoris, atque debiti partem remittere, licet caeteri dissentiant. §. 791.

Bonus quisque praesumitur, donec malus demonstretur. §. 792.

Inventarii beneficium haeredibus indultum a Justiniano non impedit, quominus major creditorum pars cum haerede debitoris paciscatur de remissione debiti. §. 793.

Inst. l. 3 tit. 14 ff. l. 2. tit. 14 Cod. l. 2 tit. 3

Tutor defuncti creditor, qui pupilli nomine convenerit cum creditoribus paternis de parte debiti remittenda, eadem parte contentus esse debet. §. 794.

Creditorum major pars non aestimatur ex numero personarum, sed ex quantitate debiti. Quid si omnino pares sint? §. 795.

Creditores plures, qui eandem actionem habeant, unius loco habentur. §. 796.

Creditoribus hypothecariis non nocet pactum majoris partis creditorum, licet hypothecae quoque jure gaudeant, et tempore priores sint. §. 797.

Creditores chirographarii cogere nequeunt hypothecarios ad dilationem debitori indulgendam. Quid si disceptetur, an induciae debitori concedantur, an bonis cedat? §. 798.

Pactum majoris partis creditorum non nocet illis, qui dominii jure bona sua a debitore vindicare possunt. §. 799.

Proponitur quaestio, an pactum majoris partis creditorum noceat creditoribus chirographariis singulari aliquo privilegio utentibus. §. 800.

Qua ratione Ulpianus, et Paulus ad consensum adduci possint? §. 801., *et* 802.

Privilegium jure publico uni concessum alterius facto, aut voluntate auferri plerumque non decet. §. 803.

Creditor, qui res tantum mobiles pignoris titulo obligatas habet, nec easdem tenet, chirographariorum numero habetur. §. 804.

Debitor, cui pars debiti a creditoribus remissa fuit, ad pinguiorem fortunam reversus supplere non tenetur: nisi culpa sua ad inopiam redactus fuerit. §. 805., *et* 806.

Haeres, qui de parte debiti minuenda cum creditoribus defuncti pactus est, integra debita, ne ex aequitate quidem, solvere tenetur, licet bona haereditaria sufficiant. §. 807.

Fidejussori prodest remissio partis debiti facta debitori ad omnibus creditoribus. §. 808.

Quid si majori parti creditorum non consenserit ille, cujus gratia quis fidejussit? §. 809., *et* 810.

Fidejussori ex novo jure prodest pactum majoris partis creditorum, licet intercesserit in securitatem creditoris minime consentientis. §. 811.

Fidejussoris obligatio per se omnino accessoria est, nec sine principali subsistere potest. §. 812., *et* 813.

Creditor, qui ab initio non consensit remissioni partis debiti, deinceps consentire videtur, si debitorem, vel haeredem convenerit, et partem ab eo acceperit. §. 814.

Pacta dubia favore promissoris plerumque interpretamur. §. 815.

Pactum non praesumitur, sed ab allegante licet in exceptione probandum est. §. 816.

Obligatio in carceribus contracta favore illius, qui reum detinere, vel liberare potest, metu extorta facile praesumitur. §. 817.

Pactum, quod simulatum sit, nec jurejurando firmari potest. §. 818.

Cur de obligationibus, quae re contrahuntur, agere expediat? §. 819.

§. 781.

Ex pactis, si nuda sint, Romano jure attento, actionem minime nasci, sed tantum exceptionem, fatentur omnes, atque plenissime constat ex pluribus legum Romanarum fragmentis (1): ita ut axiomatis instar sententia haec apud Romanos haberetur; a qua nefas esset, et sacrilegio proximum recedere, nisi incontinenti adjecta fuissent bonae fidei contractibus: atque hinc Ulpianus negat, pacta contractibus bonae fidei ex intervallo adjecta formare actionem, ne ex pacto actio nascatur (2): deinceps exempla proponit pactorum de dote in longiorem diem reddenda; de usuris majoribus tutelae actione conventis; atque haec neutiquam valere affirmat, *ne ex pacto actio nascatur* (3); perinde ac si Romanae reipublicae dispendium immineret, si vel indirecte ex pacto nasceretur actio.

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed cum nulla* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Solent* 15. *ff. de praescript. verb.* (19. 5.), *l. Cum proponas* 21. *cod. hoc tit. V. supra* §. 722.
(2) *Dict. l.* 7. §. *Quinimmo* 5. *in princip.*
(3) *D. l.* 7. §. 5. *versic. Ut puta.*

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

§. 782.

Sed ab hac Romani juris subtilitate populorum fere omnium consensu recessum est; ita ut absque probro dicere liceat, ex pacto actionem nasci (§. 727.); et optima quidem ratione; cum maxime deceat, fidem semel datam, licet minus subtili modo, servare: nec distinctio inter pactum, et stipulationem, quae a sola pendet verborum formula, fidei fallendae justam caussam praestet: practerquamquod, si haec distinctio solidiori fundamento niteretur, non tantum actio, sed et caeteri civiles effectus pactis nudis denegandi fuissent; quos tamen Romani prudentes concesserunt (§. 729.)

§. 783.

Non idem omnino dicendum de altero Romanorum prudentum placito, quo traditur, unumquemque sibi, non alteri paciscendo prodesse posse, etiamsi in rem quis paciscatur: nisi paciscentis intersit, ut pactum a se initum alteri prosit (1): atque ideo pacta realia prosunt haeredibus, fidejussoribus (§. 733.), patri, si filius in potestate retentus pactus sit (§. 734.): debitor quoque creditori suo recte paciscitur: quia et debitoris interest, ne a creditore ad solutionem urgeatur (2). Exceptio regulae de vi pacti rei principalis favore fidejussoris inest, si fidejussor in rem suam intercesserit, vel animo donandi: aut expressim convenerit, ne a solo reo petatur (§. 737.): non vero si debitor liberatus sit ex tacito pacto de non petendo, quod chirographi redditione continetur (§. 738.). An idem sit in duobus reis debendi, supra expendimus (§. 739.)

(1) *L. Et haeredi* 21. §. *ult. ff. hoc titul.*
(2) *D. l.* 21. §. *ult.*

§. 784.

Pactum principalis debitoris in rem conceptum prodest fidejussori, sed non vicissim; quia fidejussoris non interest, debitorem liberari: nisi quis fidejusserit in rem suam (§. 740.): qua ratione nec pactum unius fidejussoris caeteris confidejussoribus prodest, nisi socii sint: quamquam tum reo, tum confidejussoribus doli exceptio tribuitur, si id actum sit, ne ab aliquo petatur (d. §. 740.); potiori ratione pactum unius rei debendi prodest alteri, si socii sint (d. §. 740.). Fatentur sane omnes, pacta personalia plerumque non egredi paciscentis personam (§. 741.); quamquam jure novo fidejussoribus per indirectum prodest debitoris pactum (§. 742.)

§. 785.

Quemadmodum jure fori recessum est a juris Romani subtilitate, atque receptum, ut ex pactis nudis actio nascatur (§. 782.); ita et in eo, quod pertinet ad vim pacti extra paciscentis personam; ita ut hodie possit pater pacisci filio, atque extraneus extraneo, saltem si jusjurandum intercedat, vel notarius pro eo stipuletur (§. 735.). Sed non, sicuti pactum unius alteri prodesse, sive ex jure Romano, sive ex fori usu potest, ita et nocere; etenim suadet quidem aequitas, ut homo homini prosit, eumque beneficio afficiat (d. §. 735.), atque ut unius conditio per alterum melior fiat, non vero deterior (1): quare merito dixit Paulus: *ante omnia animadvertendum, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat* (2).

(1) *L. Debitorum* 25. *cod. hoc tit. l. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L. Si unus* 27. §. *Pacta* 4. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 786.

Atque hinc, si debitor principalis cum creditore pactus sit de non petendo, et consequenter fidejussor liberatus fuerit (1), fidejussor posteriori pactione, qua debitor

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

se rursus obligaverit, neutiquam adstringitur (2); nisi forte et ipse posteriori pacto consenserit; vel postquam priore conventione sibi prospexerat, ne creditor ab ipso peteret, denuo convenerit, ut petere possit; nihil enim prohibet, quominus fidejussor, non secus ac principalis debitor, nova conventione jus priore quaesitum sibi adimat (3).

(1) *D. l. Et haeredi* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si unus* 27. §. *Pactus* 2. *in princ. versic. Eadem ratione ff. hoc tit.*

§. 787.

Ergo pactum prius per posterius eliditur, non quidem ipso jure, si Paulo assentimur, sed tantum ope exceptionis, nisi posterius stipulatione munitum sit (1): quod consequens est regulae juris Romani, juxta quam ex nudo pacto non oritur actio (§. 781.): cum autem usu fori pacta actionem producant (§. 782.), sponte sequitur, prius pactum per posterius elidi ipso jure, quin exceptio necessaria sit.

(1) *D. l. Si unus* 27. §. *Pactus* 2. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 788.

Disputant hoc loco interpretes, an pactum majoris partis creditorum, qui debiti partem remittant, noceat caeteris, qui pacto non consenserunt. Distinguendum imprimis est, utrum res agatur cum debitore, an cum debitoris haerede. Si debitori ipsi debiti portionem remiserint creditores, vel dilationem solvendi concesserint, pactionem hanc consentientibus utique nocere, non caeteris, licet pauciores numero sint, probare videtur generalis modo proposita regula (§. 785.), ex qua nemini licet alterius ignorantis, et inviti deteriorem efficere conditionem (1); nec conventio paciscentis personam egredi debet, ut noceat (2); tum aequitas, quae postulat, ut de unoquoque negotio praesentibus, atque consentientibus omnibus, quos caussa contingit, tractetur, vel judicetur: alioquin praesentes tantummodo, atque consentientes adstringi (3).

(1) *D. l. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

(2) *D. l. Si unus* 27. §. *Pacta* 4. *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 789.

Non tamen desunt, qui sentiant, vim habere hujusmodi pactum etiam odio creditorum non consentientium (1): nituntur autem aequitate, quae suadet, ut benigne tractetur debitor (2): neque major creditorum pars damnum sentire cogatur ex pertinaci aliorum dissensu.

(1) *Brunneman. in Pandect. ad l. Majorem* 8. *ff. hoc tit. num.* 3.

(2) *Argum. l. Arianus ait* 47. *ff. de obligation., et action.* (44. 7.)

§. 790.

Profecto si Princeps litteras, ut ajunt, moratorias debitori obaerato concesserit ex consensu majoris partis creditorum, nemini dubium, quominus caeteris obsit consensus plerorumque (1): dummodo sine dolo praestitus fuerit; si enim aliquis ex creditoribus, ut consensum praestet, certam pecuniae quantitatem accipiat, vel clam de ea solvenda cum debitore paciscatur, triginta aureorum poena mulctatur, atque insuper pecuniam sive jam solutam, sive adhuc solvendam amittit dolosus creditor; eaque cedit favore caeterorum creditorum, quibus fraus imputari non potest (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 12., *junct. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 6. §. 10.

(2) *Reg. Constit. d. l.* 2. *tit.* 16. *cap.* 6. §. 10.

§. 791.

Si autem debitor defunctus sit, atque haeres legitimus, vel testamentarius haereditatem adire recuset, nisi debiti portio remittatur, licitum est, atque omnes fatentur, majori parti creditorum cum eo pacisci, et partis debiti remissionem concedere (1),

saltem adhibito praetoris arbitrio, qui decreto suo majoris partis voluntatem sequi debet (2): ratio est, quia nisi pars major creditorum ad se necessario traheret minorem, major pars damnum sentiret ex minoris dissensu; cum ita fieret, ut haeres ab adeunda haereditate abstineret, atque inde minus consequerentur omnes propter gravissimas impensas a creditoribus in possessionem missis omnino solvendas: quare in hoc casu major pars creditorum vere prodest, non nocet caeteris.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod l. 2. tit. 3.

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Si ante aditam* 17. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. §. *ult. in fin.*

§. 792.

Neque objiciatur, timendum esse, ne creditorum major pars in dispendium aliorum paciscatur, atque debiti remissionem temere indulgeat, forte colludens cum debitore; nam nemo creditur perperam velle jactare jura sibi competentia, et absque justa caussa in alium transferre (1): atque bonus quisque praesumitur, quamdiu malus non demonstratur (2): praeterquamquod etiam timendum est, ne minor creditorum pars noceat per iniquum dissensum majori: aequius porro est, majoris partis creditorum facto laedi minorem, quam contra.

(1) *L. Sive possidetis* 16. *cod. de probation.* (4. 19.), *l. Cum de indebito* 25. *ff. eod. tit.* (22. 3.)

(2) *L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.)

§. 793.

Nec solidiori fundamento nititur, quod tradunt aliqui, hanc juris veteris dispositionem de majore creditorum parte cum haerede debitoris paciscente (1) sublatam esse jure novo, quod Justinianus induxit, haeredibus concedens, ut ope inventarii haereditatem sine periculo adeant, et creditoribus ultra vires patrimonii a defuncto relicti minime teneantur (2); ut enim jam animadvertimus (§. 791.), impensae a creditoribus erogandae in tuendis, atque distrahendis rebus haereditariis tantae plerumque sunt, ut magis intersit creditorum debiti partem remittere, quam omnia defuncti bona, quae forte nec aeri alieno dissolvendo sufficiunt, consequi: haeredes autem ut plurimum malunt ab haereditate abstinere, quam molestiis haereditariis se implicare, utique sine damni periculo, sed et absque spe emolumenti.

(1) *D. l. Juris gentium* 7. §. *Si ante aditam* 17. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult.* §. *Et, si praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

§. 794.

Tutor, qui defuncti creditor sit, atque pupilli nomine convenerit cum creditoribus paternis de partis debiti remissione, tenetur eadem parte contentus esse (1), tum quia majorem creditorum partem ad debiti remissionem cogendo nocuit sibi in minori parte constituto: tum quia iniquum pro se allegare non potest, quod aequum pro aliis putavit: nec ideo officium suum ipsi damnosum est contra legum sententiam (2); quia conventio haec creditoribus omnibus utilis praesumitur.

(1) *L. Cum in eo* 44. *ff. hoc tit.*, *l. Cum haereditas* 59. *ff. de administrat., et pericul. tutor.* (26. 7.)

(2) *L. Si quis ex signatoribus* 7. *ff. testament. quemadm. aperiant.* (29. 3.), *l. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furtis* (47. 2.)

§. 795.

Porro major creditorum pars in hoc argumento non ex numero personarum, sed ex quantitate debiti aestimatur (1); quia magis interest pro majori debiti quantitate. Quod si eadem singulis creditoribus summa debeatur, major creditorum numerus inspicitur: in numero autem pari judex sequitur auctoritatem ejus, qui inter caeteros praecellit: omnibus vero paribus, humanior sententia, subjicit Papinianus, a praetore eligenda est, quemadmodum divi Marci rescripto cavetur (2).

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(1) *L. Majorem* 8. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 8. *ff. hoc tit.*

§. 796.

Major numerus creditorum non praecise ex numero personarum dicitur; si enim plures sint, sed qui eandem actionem habeant, unius loco habentur: puta plures rei stipulandi, quia una res omnibus debetur, unius vice funguntur: potiori ratione plures ejusdem pupilli debitores, vel unus plurium pupillorum (1), veluti fratrum, quorum res communes sint, quorum ideo tutela pro una habetur (2). Sane debiti cumulus, seu quantitas non sigillatim ex unaquaque summa uni debita, sed ex omnibus simul coadunatis accipitur (3): atque usurarum quoque computatio fieri debet (4).

(1) *L. Si plures* 9. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Item tria* 5. *instit. de excusation. tutor.* (1. 25.)
(3) *D. l.* 9. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 9. §. *ult.*

§. 797.

Haec ita, si omnes creditores simplices chirographarii sint; sed creditoribus hypothecariis non nocet remissio a majore parte creditorum facta (1); licet hi jure quoque hypothecae gaudeant, immo et priores tempore sint (2): ratio est, quia creditores hypothecarii in eo casu, quo debitor solvendo non sit, agere possunt adversus possessores bonorum pignoris vinculo suppositorum, prout fert pignoris indoles (3).

(1) *L. Rescriptum* 10. *ff. hoc tit.*, *l. Si praecedente*, 58. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.)
(2) *Brunneman. in Pandect. ad d. l.* 10. *ff. hoc tit. num.* 8.
(3) *L.* 1. §. *Cum praedium* 4., *l. Si debitor.* 10. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 798.

Neque etiam creditores chirographarii cogere possunt hypothecarios ad dilationem debitori concedendam, quamvis nocere possint, cum agitur de electione, utrum induciae debitori permittantur, an debitor bonis cedat (1): nec interesse videtur, utrum creditores jus hypothecae conventione sibi quaesierint, an per judicis sententiam, vel legis, aut statuti sanctionem hoc jus habeant; quia eadem in omni casu est hypothecae vis.

(1) *L. ult. cod. qui bon. ceder. possunt* (7. 71.)

§. 799.

Multo minus pactio majoris partis creditorum nocet illis, qui jus dominii habent: puta quia res suas debitori commodaverint, vel penes eum deposuerint, si modo res adhuc extent, quia et vindicatio ipsis competit adversus quoscumque rerum suarum detentores: quod si res mobiles debitae consumptae sint, vel amplius haberi nequeant, cum sola supersit actio ad pretium, seu aestimationem, nullo singulari privilegio utuntur, atque chirographariorum instar sunt, quibus majoris partis creditorum consensus nocet (§. 797.).

§. 800.

Gravissima difficultas est, utrum creditores chirographarii, qui singulari aliquo privilegio gaudeant, non tamen hypotheca, remissionem debiti factam a majore parte creditorum probare teneantur, nec ne; quia scinduntur inter se jureconsulti: affirmat Ulpianus, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et caeteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere (1); contra Paulus iniquum putat, creditori auferri suum privilegium, non secus ac pignus (2).

(1) *D. l. Rescriptum* 10. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.)

§. 801.

Diversae sunt interpretum sententiae, cum agitur de utroque Pauli, et Ulpiani responso ad consensum adducendo. Quidam Ulpianum (1) interpretantur de creditoribus

privilegiariis, nullo hypothecae vinculo munitis: Paulum vero (2) explicant de creditore, qui tum privilegio, tum hypotheca gaudeat. Verum inepta videtur haec conciliandi ratio, cum ille, qui hypothecam habet, caeterorum pactum sequi non teneatur (§. 798.), prout omnes fatentur; adeoque perperam confugeret ad privilegium.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 4. Cod. l. 2. tit. 3.

(1) *In d. l. Rescriptum* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *In d. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandati.*

§. 802.

Alii sentiunt, Paulum, dum negat, ex consensu majoris partis creditorum praejudicium inferri chirographariis privilegiatis (1), ad strictum jus respicere: Ulpianum vero affirmantem, fiscum quoque sequi debere, quod major pars creditorum probavit, nec non alios creditores privilegiatos (2), niti aequitate, quam Divus Pius induxit contra se ipsum, seu contra fiscum, adeoque contra caeteros creditores quocumque privilegio utentes; quos sane non decet melioris prae fisco conditionis esse.

(1) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.)

(2) *In d. l. Rescripto* 10. *ff. hoc tit.*

§. 803.

Ex his duabus sententiis stricto juri consentanea est ea, quae Ulpianum habet auctorem, cum Imperatoris rescripto firmata sit (1): altera a Paulo relata (2) generalibus legum principiis nec non aequitati magis consonat; non enim conveniens videtur, ut privilegium, publico jure uni concessum, alterius facto, aut voluntate auferatur: atque ideo praeferendam Pauli sententiam plures sentiunt (3).

(1) *D. l. Rescriptum* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.)

(3) *Voet in Pandect. hoc tit. de pact. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 29. *in fin.*

§. 804.

Caeterum, illud ex usu odierno, ait Voet, dubio caret, creditorem, qui res tantum mobiles obligata habet pignoris nomine, quin eas possideat, chirographariorum numero haberi; adeoque pactum majoris partis creditorum illi nocere; quia mobilia sequelam non habent (1); idest difficilis, et pene impossibilis est eorum persecutio: apud nos tamen mobilia sequelam habere censentur (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 14. *num. ult.*

(2) *Fab. cod. de pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 21.

§. 805.

Quaeri potest, utrum debitor, cui ex consensu majoris partis creditorum, vel etiam omnium remissio portionis debiti facta est, teneatur, si ad pinguiorem fortunam redeat, supplere, quod minus solvit. Sunt, qui teneri putant, atque adversus eum agi posse ob turpem caussam: negant plerique (quamvis fatentur, honeste facturum debitorem, qui, auctis opibus, sponte solvat, quod ipsi ex commiseratione a creditoribus remissum fuit); tum quia beneficiorum poenitentia probrosa videatur; tum quia leges generatim denegant regressum ad jura semel remissa (1).

(1) *L. Quaeritur* 14. §. *Si venditor* 9. *ff. de aedilit. edict.* (21. 1.), *l. Postquam liti* 4. *cod. hoc tit.*

§. 806.

Nec ulla est turpitudo in debitore, qui creditoribus non solvat, quod ipsi remiserunt: nisi forte dolo malo remissionem obtinuerit, puta occultando pecuniam, mobilia bona in alium locum transferendo: quibus casibus etiam ipsa transactio rescindi potest (1). Equidem remissio partis debiti non omnino sponte facta est a creditoribus, qui maluissent integrum debitum recipere: facta tamen fuit, et sine dolo debitoris, prout supponimus. Sane, si debitor ex culpa sua ad inopiam redactus fuerit, vix, naturali ratione inspecta, eximi potest ab obligatione supplendi, cum ad pinguiorem fortunam redit; licet legum coactio creditori praesto non sit.

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(1) *L. In summa* 65. §. 1. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.), *l. Sub praetextu* 19. *cod. de transactionib.* (2. 4.)

§. 807.

Quod si conventio de parte debiti minuenda non cum debitore, sed cum debitoris haerede inita fuerit, licet haeres, discusso defuncti patrimonio, tantum percipiat, quantum haereditariis creditoribus dimittendis sufficit, non tamen ad integra debita solvenda tenetur, nec stricto jure, nec ex aequitate; tum quia aequum est, ut haeres aliquam molestiarum haereditariarum compensationem habeat, tum quia haereditatem aditurus non fuisset, nisi debiti parte remissa, adeoque conventio haec instar transactionis est, quae retractari non potest ex futuro eventu (1), nisi dolus ei caussam dederit (2).

(1) *L. Cum te proponas* 2., *et l. seq.*, *l. Sub praetextu* 19. *cod. de transactionib.* (2. 4.)

(2) *L. Actione* 4., *d. l.* 19. *codic. eod. tit.*

§. 808.

Difficilior est solutu quaestio, utrum debitoris pactum, quo a creditoribus partis debiti remissionem obtinuit, prosit fidejussori. Si in remissionem consenserit omnes creditores, certum est, fidejussorem quoque pro parte remissa liberari (1); quia principalis obligatio soluta est (2): atque debitoris interest, fidejussoris obligationem solvi (3); ne actione mandati a fidejussore solvente conveniatur (4).

(1) *L. Si praecedente* 58. §. 1. *in med. ff. mandati* (17. 1.)

(2) §. *Fidejussores ita* 5. *institut. de fidejussor.* (3. 21.)

(3) *L. Et haered.* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(4) §. *Si quid autem* 6. *institut. de fidejussorib.*

§. 809.

Idem dicendum favore fidejussoris, si creditor, pro quo ipse spopondit, in partis debiti remissionem consenserit (1); quia eaedem favent rationes (§. praeced.): atque creditor, consentiens in deminutionem obligationis principalis, consentire quoque praesumitur, ut minuatur accessoria. Sed, si majori creditorum parti non consenserit ille, cujus gratia promisit fidejussor, hunc minime juvari, quominus in solidum conveniatur, tradit Paulus, ajens, creditori absenti, nec consentienti auferendam non esse electionem, sicuti nec pignus, aut privilegium (2): electionem ait, inspecto jure vetere, juxta quod creditori licebat, pro arbitrio prius convenire debitorem principalem, vel fidejussorem, neutiquam excusso debitore (3).

(1) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandati* (17. 1.)

(2) *D. l.* 58. §. 1. *in med.*

(3) *L. Jure nostro* 5. *cod. de fidejuss.* (8. 41.)

§. 810.

Quod si quis objiciat, rem hanc damnosam futuram esse debitori, subjicit Paulus, debitorem non plus restituturum mandati actione fidejussori, quam debitor ipse creditoribus solvere ex pacto tenebatur; *Nec enim*, ait Jureconsultus, *si quis dixerit summovendum creditorem, haeredi* (debitoris videlicet) *consulitur, sed mandatori, vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestaturus est* (1): quibus verbis innuit, fidejussorem repetere non posse a reo principali, quod amplius pro eo solvit, quia pactum creditorum unius debitoris utilitatem respicit, non fidejussoris.

(1) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1., *prop. fin. ff. mandati* (17. 1.)

§. 811.

Verum sententia haec, tametsi jure vetere inspecto forsitan defendi posset, novo tamen juri nullatenus convenit; cum enim Justinianus generatim concesserit omnibus fidejussoribus beneficium ordinis, sive excussionis; ita ut agi nequeat adversus fidejus-

sorem, nisi prius actum sit adversus principalem debitorem, atque excussis ejusdem facultatibus, appareat, illum non esse solvendo (1), fidejussor debitoris, cui portio debiti a plerisque creditoribus remissa fuit, aliis, qui non consenserunt, ultra teneri non potest, quam creditores a reo principali consequi potuerint: cum autem ex vi pacti amplius petere nequeant a debitore, quam inter ipsos conventum est, sponte sequitur nec in majorem summam teneri fidejussorem (2).

Inst. l. 3. tit. 14. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3.

(1) *Novell.* 4. *cap.* 1.

(2) §. *Fidejussores ita* 5. *instit. de fidejussorib.* (3. 21.)

§. 812.

Quinimmo nec juris veteris regulis consentanea est Pauli sententia (1); etenim fidejussoris obligatio tamquam accessoria semper habita fuit, ita ut subsistere nequeat sine principali obligatione (2): nec obligari possit fidejussor in duriorem caussam, quam reus principalis (3): proinde, ex quo per pactum majoris partis creditorum minuitur obligatio debitoris, accessoria quoque fidejussoris minui debet, seu cessare pro ea debiti parte, quae remissa fuit (4).

(1) *In d. l. Si praecedente* 58. §. 1. *ff. mandat.* (17. 1.)

(2) §. 1. *institut. de fidejussorib.* (3. 21.), *l. Si quis* 37. *ff. eod. tit.* (46. 1.)

(3) *D.* §. *Fidejussores ita* 5. *instit. de fidejussorib.*, *l. Graece fidejussor.* 8. §. *Illud commune* 7. *ff. eod. tit.*

(4) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum. principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 813.

Neque ulla apparet sufficiens ratio, cur ab hisce naturalis, et civilis juris regulis in hac specie recedatur: innuit quidem Paulus, pactum a creditoribus initum fuisse favore rei principalis, non favore fidejussoris (1). Esto, creditores paciscendo directe, et primario respexisse ad utilitatem debitoris: sed, cum fidejussoris obligatio per se, et necessario pendeat ab obligatione principali, cui inhaeret, non mirum, si indirecte, et per consequentias, una partim sublata, minuatur etiam altera, quae per se non subsistit (§. praeced.)

(1) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *versic. Nec enim ff. mandati* (17. 1.)

§. 814.

Caeterum fatetur idem Paulus, creditorem, qui ab initio non consensit partis debiti remissioni, adversus fidejussorem ad integram summam agere non posse, si haeredem convenerit, et partem ab eo acceperit; quia tacite videtur, adversus haeredem debitoris, vel debitorem ipsum agendo, consentire decreto Praetoris (1), quo ex voluntate majoris partis creditoris pars debiti remissa fuit.

(1) *D. l. Si praecedente* 58. §. 1. *in fin. ff. mandat.* (17. 1.)

§. 815.

Duo hic monenda supersunt. Pacta dubia explicari debere, quantum fieri potest, favore promissoris, ut quam minimum ligent (1); hinc generatim traditur, verba contra stipulatorem interpretanda esse (2); quia sibi imputare debet, cur luculentius rei suae non prospexerit, prout poterat (3): si tamen de suscepta obligatione certo constet, exceptio, qua quis eam elidere intendit, certo quoque probanda est (4).

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligationibus, et actionibus* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Stipulatio ista* 38., §. *In stipulationibus* 18. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(3) *Argument. l. Veteribus* 39. *ff. hoc titul.*, *l. Labeo* 21., *l. Cum in lege* 33. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(4) *L. In exceptionibus* 19. *ff. de probationib.* (22. 3.), *junct. l. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 816.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4 tit. 10.

Alterum, quod ex priore consequitur, est, pactum non praesumi, sed probandum esse ab allegante, licet in exceptione (1): potissimum si contractui adjectum fuerit, atque hujus naturam mutet, vel laedat; etenim contrahentes non ita facile creduntur a priori voluntate recessisse, vel deflexisse (2).

(1) *L. Quoties operae* 18., *et l. seq. ff. de probationib.* (22. 3.)

(2) *L. Non ad ea* 89. *in fin. ff. de condition., et demonstr.* (35. 1.)

§. 817.

Quae de vi pactorum hactenus diximus, ad ea pertinent, quae sponte, et scienter gesta sint, ita ut nec vis, nec metus, nec dolus, nec error intervenerit; cum enim pacta vim obligandi habeant ex consensu paciscentium (1), vis autem, dolus, metus, atque error consensum tollant, vel graviter minuant: consequenter pacta, quibus consensus deest, viribus destituuntur (2): atque hinc obligatio in carceribus contracta favore illius, qui reum detinere, vel liberare possit, facile praesumitur metu extorta, adeoque nullius roboris, potissimum si non constet, reum jure in carceres detrusum (3).

(1) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. *§. Conventionis* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui in carcerem* 22. *ff. quod met. causs.* (4. 2.)

§. 818.

Neque sufficit consensum (1) simulare, sed vere praestandus est: quia consensus anima est, ut ajunt, quarumcumque conventionum (2): neque contractus simulatus firmatur jurejurando, utpotequod accessorium est pacti; quo proinde non subsistente, nec vim habere potest jurisjurandi vinculum (3). Sed de hac re alibi opportunius, et fusius dicemus.

(1) *L. Cum ea* 21. *cod. de transact.* (2. 4.), *l. Contractus* 54. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.), *Fab. cod. plus valere, quod agit. lib.* 4. *tit.* 17. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *D. l.* 1. *§. Conventionis* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Non dubium* 5. *§.* 1. *cod. de legib.* (1. 14.), *l. Nihil dolo* 129. *§.* 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 819.

Regredimur ad Justiniani ordinem, a quo paupillisper discessimus: supra diximus (§. 716.), obligationem, quae ex contractibus nascuntur, quatuor esse species: quarum aliae re, aliae verbis, aliae litteris, postremae consensu contrahuntur. Justinianus imprimis agit de obligationibus, quae ex re sunt, seu contrahuntur: ejusque exemplo primam hanc obligationum ex contractu speciem expendemus.

TITULUS V.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

De obligationibus, quae re contrahuntur.

Instit. lib. 3. tit. 15. *Quibus modis re contrahit. obligat.*
Digest. lib. 44. tit. 7. } *De obligation., et actionib.*
Cod. lib. 4. tit. 10. }

SUMMARIA.

Contractus quidam cur re, verbis, litteris, aut consensu perfici dicantur? §. 820.

Obligatio re contrahi dicitur, cum praeter consensum res aliqua necessaria est, ut contractus perficiatur. §. 821.

Substantialia contractus ea sunt, quae juxta primaevam cujusque contractus naturam eundem constituunt. §. 822.

Naturalia contractus appellantur, quae tacite ex natura cujusque contractus insunt: removeri tamen possunt, si velint contrahentes, quin contractus destruatur. §. 823.

Accidentalia contractus vocantur, quae adjici, vel non adjici possunt pro arbitrio contrahentium. §. 824.

Solemnia contractuum dicimus, quae ad vim eorum extrinsece requiruntur lege, vel statuto, praeter illius substantiam. §. 825.

Mutuum sine re consistere nequit: nec sufficit pluries promissam fuisse pecuniam, ut mutui contractus ineatur. §. 826.

Contractus, qui re perficiuntur, quatuor sunt, mutuum, commodatum, depositum, et pignus. §. 827.

§. 820.

Obligationes omnes, ut modo diximus (§. praeced.), consensum verum necessario desiderant, ita ut absque eo nulla esse conventio intelligatur (1); adeoque nec ulla obligatio ex contractu, qui nec esse, nec intelligi potest, nisi duo; vel plures in idem placitum, seu eandem rem conveniant, seu consentiant (2). Quidam tamen contractus re, verbis, litteris, aut consensu perfici dicuntur (3); quia praeter consensum necesse est, ut interveniant res, aut verba, aut litterae, seu scriptura; alii solo consensu absolvuntur.

(1) *L.* 1. §. *Conventionis* 3., *in fin. ff. de pactis* (2. 14.)
(2) *D. l.* 1. §. *Et est pactio* 2.
(3) §. *ult. instit. de obligationib.* (3. 14.)

§. 821.

Hinc patet, obligationem re contrahi, cum praeter consensum res aliqua in contractum venit. Rei nomen latiori significatione hic accipi quidam sentiunt; ita ut etiam facta comprehendat: atque contractus innominatos, do, ut facias, facio, ut facias, referunt ad obligationes, quae re contrahuntur; nec immerito; in illis enim obligatio non nascitur, nisi praeter consensum res, vel factum intercedat (1), quemadmodum norunt omnes.

(1) *L. Si pecuniam* 5. *ff. de condiction. caus. dat. etc.* (12. 4.)

§. 822.

Sed, ut haec melius percipiantur, distinguenda sunt in contractibus substantialia, naturalia, et accidentalia, quibus addi possunt solemnia. Substantialia contractus ea sunt, quae secundum primaevam naturam uniuscujusque contractus eundem consti-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

tuunt, seu dant esse, prout ajunt, substantiam, atque perfectionem contractui: ita ut sine his nec concipi possit: puta mutuum sine consensu, et pecunia, vel alia re fungibili, seu quae usu consumitur, perfici nequit: emptio, et venditio ad sui substantiam tria requirit, consensum, rem, et pretium (1).

(1) *Princip. instit. de emption., et vendition.* (3. 24.), *l. Pacta conventa* 72. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 823.

Naturalia contractus appellantur, quae ex natura cujusque contractus tacite insunt, etiamsi expressa de illis mentio facta non fuerit: removeri tamen possunt, si contrahentes velint, quin corruat contractus (1): puta in mutuo tacite conventio inest, ut res ejusdem bonitatis restituatur (2): venditor ex natura venditionis tenetur de evictione, licet expresse de ea cautum non sit (3): attamen ex voluntate contrahentium evictio remitti potest (4).

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *D. l.* 3. *in princip.*

(3) *L. Ex empto* 11., §. *Et inprimis* 2., *et seqq. ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(4) *D. l.* 11. §. *Qui autem* 18.

§. 824.

Accidentalia contractus ea nominamus, quae adjici, vel non adjici possunt pro contrahentium arbitrio, quin contractus destruatur, vel illius substantia immutetur: veluti si quis vendat domum, et inter emptorem, et venditorem conveniat, ut per certum tempus domus venditori locetur ab emptore (1); ex hoc pacto non laeditur venditionis substantia, cum liberum sit emptori, emptum fundum cuicumque locare; atque nihil prohibet, quominus venditor, prout alius quilibet, paciscatur, ut res vendita sibi conducta sit.

(1) *L. Fundi partem* 79. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 825.

Demum per solemnia contractuum ea significantur, quae ad vim alicujus contractus lege, vel statuto requiruntur, praeter illius substantiam: puta ne venditio altiter rata sit, quam si adhibitis duobus testibus celebretur: atque hinc venditionem a pupillo factam leges non probant; nisi tutor consentiat, et judicis decreto muniatur (1): neque consensus tutoris, aut curatoris, neque decretum judicis, ut per se constat, pertinent ad substantiam venditionis, quae consensu, re, et pretio perficitur (§. 822.)

(1) *L. Obligari* 9. *in princip. ff. de auctorit., et consens. tutor.* (26. 8.), *l. Si praedium* 16. *cod. de praed., et aliis reb. minor. erc.* (5. 71.)

§. 826.

Hisce praemissis, dicimus, re contrahi obligationes, quae praeter consensum rei alicujus traditionem desiderant (§. 821.); puta mutuum esse non potest, nisi pecunia alteri tradita sit (1); neque sufficit pluries promissam fuisse, ut mutuum, seu mutui contractus ineatur; aliud enim est mutuum, aliud pactum de mutuo dando; atque hinc recte traditur, non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum est (2).

(1) *L. Mutuum* 2. §. *Creditum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. Si tibi decem* 17. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Cum ultra* 9. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

§. 827.

Justinianus quinque enumerat species contractuum, qui re perficiuntur: videlicet mutuum, indebitam solutum, commodatum, depositum, et pignus (1); sed indebitum, seu indebiti soluti repetitio pertinet ad quasi contractus, prout alibi docet ipsemet Imperator (2): de quo idcirco agemus, cum de obligationibus verba faciemus, quae ex quasi contractu descendunt: atque hoc loco quatuor alia contractuum re perfecto-

rum genera expendemus; servato Justiniani ordine, ita ut imprimis de mutuo, tum de commodato, et deposito, tandem de pignore disseramus.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *Princip., et §§. seqq. instit. hoc tit.*
(2) §. *Item is 6. instit. de obligationib., quae quasi ex contract. nascunt.* (3. 28.)

TITULUS VI.

De mutuo.

Instit. lib. 3. tit. 15. *Quib. mod. re contrahit. obligat.*
Digest. lib. 12. tit. 1. *De reb. credit., si cert. petat., et de condiction.*
Cod. lib. 4. tit. 1. *De reb. credit., et jurejurand.*

SUMMARIUM.

Proponuntur singula capita de mutuo expendenda. §. 828.

§. 828.

Ut omnia, quae de mutuo scire praestat, dilucide pertractentur, atque distincta facilius intelligantur, ea tribus capitibus complectemur. In 1. explicabimus, quid sit mutuum, et quae conditiones ad mutuum requirantur. Expendemus in altero, qui mutuum dare, vel accipere possint. Postremo mutui effectus investigabimus.

CAPUT I.

Quid sit mutuum, et quae sint illius conditiones.

SUMMARIA.

Mutuum est contractus, quo res, quae numero, pondere, vel mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant, et tantumdem restituat. §. 829.

Mutuum consistit in rebus, quae in commercio numerari, ponderari, vel mensura distrahi solent. §. 830.

Mutuum necessario requirit, ut res in accipientis dominium transferatur. §. 831.

Res ejusdem generis, et bonitatis in mutuo restitui debet, licet expresse ita conventum non sit. §. 832.

Cur ad mutui substantiam requiratur, ut dentur res, quae numero, pondere, vel mensura constant: earumque dominium in accipientem transferatur. §. 833.

Pecunia eadem in mutuo restitui potest. An res diversi generis creditori consentienti recte solvatur? §. 834.

Mutuum est contractus stricti juris: differt a credito, sicut genus a specie. §. 835.

Traditio ficta ad mutuum constituendum sufficere potest. Exempla hujusce traditionis referuntur. §. 836., *et* 837.

Cujus periculo pereat res data mutuum roganti, ut eam vendat, et nummis inde redactis tamquam mutuis utatur? §. 838., *et* 839.

Mutuum, tradita re alteri ad vendendum, non contrahitur, nisi expressim convenerit, ut venditor pecunia inde redacta tamquam mutua utatur. §. 840.

Pecunia ex rei venditione redacta venditoris periculo perit; si convenerit, ut rem integram restituat, vel certam aestimationem. §. 841.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

Mutuum ex ficta traditione contrahitur, si procurator pecuniam a debitoribus exactam crediti nomine, domino consentiente, retineat. §. 842.

An contrariam huic modo propositae Ulpiani sententiae adstruat Affricanus? §. 843.

Traditiones fictae in mutuo paullatim apud Romanos admissae fuerunt, aequitate suadente, contra nimiam juris subtilitatem. §. 844., et 845.

Utrum in specie Ulpiani praesentes essent dominus, et procurator: absentes vero in specie Affricani? §. 846.

Usu fori vi fictae traditionis mutuum contrahitur, licet procurator, et dominus absentes sint. §. 847.

§. 829.

Mutuum inde dictum, si Paulo, et Justiniano credimus, quod de meo tuum fiat (1); vel, ut congruentius alii opinantur, a mutatione, vel permutatione, cum in mutuo pecunia, puta, cum alia pecunia permutetur, vulgo definitus contractus, quo res, quae numero, pondere, vel mensura constant (2), alicui ita dantur, ut ejus fiant, et tantumdem restituat. Imprimis mutuum consistere dicitur in rebus, quae numero pondere, vel mensura constant: quae verba tenent locum generis, quatenus etiam in aliis contractibus veniunt res, numero, pondere, vel mensura constantes: in deposito pecunia, quae numero constat: caeterae vero res, quae pondere constant, vel mensura, venditioni, pignori, aliisque contractibus inserviunt.

(1) *L. Mutuum* 2. §. *Appellata est* 2. *ff. hoc tit., princip. instit. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. 1. *ff. hoc tit., d. princ. instit. hoc tit.*

§. 830.

Mutuum consistit in rebus, quae numerantur, scilicet pecunia, ponderantur, puta oleum, panis, aurum, argentum, aliaque similia, vel quarum mensura iniri solet, puta vinum, frumentum (quamquam ut plurimum pecunia in mutuum venit): quaeque functionem, ut ajunt, in genere suo recipiunt, seu usu consumuntur (1), pecunia utique, si proprie loquamur, usu non absumitur, sed utentis respectu perinde est, ac si periret.

(1) *D. l. Mutuum* 2. §. 1. *ff. hoc tit., d. princip. instit. hoc tit.*

§. 831.

Addimus in definitione, res in mutuo ita dari, ut accipientis fiant; etenim mutuum necessario requirit, ut dominium rerum in accipientem transferatur; alioquin commodatum erit, vel depositum (1): nec usu eas consumere posset, si dominus factus non esset: sed tantumdem restituere tenetur; non quidem easdem omnino res usu consumptas, sed alias ejusdem generi, pecuniam pro pecunia, oleum pro oleo; alioquin, si convenerit, ut pro pecunia vinum restituatur, mutuum non erit (2), sed emptio, et venditio, vel permutatio.

(1) *D. l. Mutuum* 2. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. *in princip., d. princip. instit. hoc tit.*

§. 832.

Ut autem aequalitas inter contrahentes servetur, ejusdem generis, et bonitatis res restitui debet, licet expresse cautum non sit, ut aeque bona redderetur; *nam in contrahendo*, scite Pomponius, *quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit* (1): quare non licet rem deteriorem, licet ejusdem generis, restituere, puta vinum novum pro vetere (2).

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc titul.*

(2) *D. l.* 3. *in princip.*

§. 833.

Ex mutui definitione patet, quatuor ad illius substantiam requiri: 1. Ut dentur res, quae numero, pondere, vel mensura constent, idest quae numerari solent in com-

mercio, pondere, vel mensura aestimari; quia facile restitui possunt aliae ejusdem generis, et bonitatis propter maximam similitudinem, eamdemque utilitatem, quae in aliis rebus, puta fundo urbano, vel rustico, equo, bove difficillime habetur. 2. Rerum dominium transferri necesse est; alioquin erit depositum, commodatum, vel pignus; atque mutuo dans perperam retineret dominium rerum, quas recepturus non est.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 834.

Tertia mutui conditio exigit, ut restituatur alia res ejusdem generis, bonitatis: non tamen desinit mutuum esse, licet mutuans, qui pecunia forte non amplius indigeat, eamdem plane restituat; etenim contrahentium animus praecipue inspicitur, atque conditio restituendi aliam rem ab ea, quae mutuo data fuit, mutuantis utilitatem respicit. Postremo res ejusdem generis, et bonitatis restituenda est: si diversi generis restituatur, potius erit emptio, aut permutatio: nisi forte quis pecuniam, quam mutuo accepit, non habens, creditore consentiente, frumentum, vel vinum restituat; prout innuit Jureconsultus, cum ait, aliud pro alio solvi invito creditore non posse (1).

(1) *D. l. Mutuum* 2. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 835.

Mutuum porro contractus stricti juris est, ut omnes fatentur; ex eo potissimum, prout vulgo docent interpretes, quod ex una tantum parte obligationem parit, seu ex parte accipientis, qui ad restituendum tenetur: atque a credito differt, ait Paulus, sicut genus a specie (1): nempe creditum genus est, sub se continens mutuum; atque creditum etiam consistit extra res, quae pondere, numero, mensura constant, atque eaedem restituuntur (2).

(1) *L. Mutuum* 2. §. *Creditum* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. 3. *in med.*

§. 836.

Supra diximus, mutuum non posse consistere sine re (§. 822.), quae mutuanti detur, ut dominus ejus fiat (§. 831.): non tamen omnino requiritur vera, et propria traditio, seu de manu in manum translatio (1); sed sufficere potest ficta: puta si convenerit inter deponentem, et depositarium, ut nummi depositi ex caussa, seu titulo mutui retineantur (2): vel Titius jusserit a debitore suo pecuniam accipi a Sempronio, isque acceperit (3): ita quippe receptum humanitatis caussa (4), ut inanes circuitus vitentur (5).

(1) *Vera etenim, seu propria traditio rerum mobilium definiri solet: de manu in manum translatio, immobilium vero in possessionem missio.*

(2) *L. Certi condictio* 9. §. *ult. ff. hoc tit., l. Qui negotia* 34. *fer. in princip. ff. mandati* (17. 1.)

(3) *D. l.* 34. *in princip., l. Singularia* 15. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 34. *in princip. ff. mandati.*

(5) *L. Dominus testamento* 53. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

§. 837.

Quinimmo censuit Ulpianus, mutuum esse in ea specie, qua Sempronius Titium rogaverit, ut sibi mutuam pecuniam crederet; cum autem Titius pecuniam non haberet, reddidit roganti lancem, vel massam auri, ut eam venderet, et nummis tamquam mutuo datis uteretur, si modo vendiderit, et pretium receperit (1); quia idem est, ac si pecuniam ex lance, vel auri massa redactam Sempronius Titio dedisset, atque rursus ab eo recepisset (§. praeced.)

(1) *L. Rogasti* 11. *ff. hoc tit.*

§. 838.

Quaerit obiter, sed opportune Jureconsultus, cujus periculo, et damno pereat res ita ad vendendum tradita: an Titio, an Sempronio: atque ita distinguitur, ut pereat

Inst. l. 3. Titio, qui illius dominium ante venditionem retinet, si venalem habuerit lancem, vel tit. 15. auri massam; Sempronius vero damnum sentiat ex rei interitu, si venalis non esset, ff. l. 12. sed eo tantum consilio vendendam tradiderit, ut Sempronio roganti pecuniam mutuam tit. 1. Cod. l. 4. dare posset, potissimum si sine usuris crediderit (1). tit. 1.

(1) *D. l. Rogasti 11. in pricip. versic. Quod si lancem ff. hoc tit.*

§. 839.

Discriminis ratio inter utrumque casum satis aperta est; cum res, quam dominus venalem habet, alteri vendendam tradit, licet redacta pecunia in caussam mutui converti debeat, qui rem vendendam suscipit, veluti procuratoris officio fungitur, adeoque res domino perit: contra in alio casu, quo Titius eo tantum consilio rem vendendam tradit Sempronio roganti, ut mutuam pecuniam accipere possit, nisi Sempronio res pereat, Titius damnum sentiret, quia Sempronio favere voluit (1). Quod alienum videtur ab aequitate: saltem si res alioquin apud dominum peritura non fuisset.

(1) *D. l. Rogasti 11. in princip., et d. versic. Qnod si lancem ff. hoc tit.*

§. 840.

Neque fictam traditionem respuit in mutuo Affricanus, ajens, *eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum* (1), ex quo infertur, mutuum contractum non esse; etenim in hac specie constat quidem generatim de animo pecuniae mutuo dandae, non tamen expressum fuerat, ut venditor pecunia ex venditione argenti redacta tamquam mutua uteretur, prout convenerat in specie Ulpiano proposita (2).

(1) *D. l. Qui negotia 34. versic. His argumentum ff. mandati* (17. 1.)

(2) *In d. l. Rogasti 11. ff. hoc tit.*

§. 841.

Difficultatem utique movent posteriora verba, quibus traditur, *pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum* (1): verum intelligenda haec sunt de eo casu, quo alter alteri roganti rem aestimatam vendendam dederit sub ea conditione, ut rem integram restituat, vel aestimationem, de qua convenit (2): nec alia horum verborum interpetatio fieri potest; alioquin sequeretur mutuum esse contractum quod tamen Affricanus imprimis negat (§. praeced.). Profecto sola voluntas dandi mutuum, quin nec sola conventio de mutuo dando (3), mutuum facit, nisi numeratio saltem ficta intervenerit (4).

(1) *D. l. Qui negotia 34. in fin. princip. ff. mandati* (17. 1.)

(2) *L. Si gratuitam 17. §. 1. ff. de praescript. verb.* (19. 5.), *princip., et §. institut. hoc tit.*

(3) *L. Qui pecuniam 30. ff. hoc tit., l. Si quis patrem familias 3. §. ult., et ll. seqq. ff. de Senat. Consult. Maced.* (14. 6.)

(4) *L. Quia, quod vulgo 4., l. Contra etiam 6. ff. eod. tit.*

§. 842.

Facilius recipi debet, quod ait Ulpianus, mutuum ex ficta pecuniae numeratione, seu traditione contractum videri, si procurator, qui a debitoribus domini pecuniam exegerat, eamque domino ex caussa mandati dare tenebatur, cum eodem convenerit, ut crediti, seu mutui nomine eam penes se retineat; quia videtur domino pecunia reddita, atque a domino ad procuratorem reversa (1). Si veritas, et naturalis aequitas magis placeat, quam inanis subtilitas, ficta traditio ex communi hominum aestimatione ad mutuum sufficit.

(1) *L. Singularia 15. in ff. hoc tit.*

§. 843

Contrariam tamen sententiam tenere videtur laudatus Affricanus: quippequi agens de procuratore, qui a Titii debitoribus pecuniam exegerat, atque epistolam ad eum

miserat, significans: *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*, respondit, pecuniam non esse creditam ratione addita: *alioquin dicendum ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse* (1). Nihil interesse videtur inter hanc speciem, atque aliam ab Ulpiano definitam (§. praeced.): attamen Ulpianus pecuniam creditam fieri docet (2), negat Affricanus (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *D. l. Qui negotia* 34. *ff. mandati* (17. 1.).
(2) *D. l. Singularia* 15. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 34. *in princip. ff. mandati.*

§. 844.

Non desunt, qui existiment, Ulpiano Affricanum conciliari nullatenus posse (1): plerique tamen conciliationis vias ineunt, sed diversas. Quidam sentiunt, ex temporum diversitate juris discrimen repetendum esse; ita ut dicamus, tempore Affricani, qui ante Ulpianum floruit, fictas hujusmodi traditiones nondum admissas fuisse, utique vero tempore Ulpiani: atque nituntur ejusdem Jureconsulti verbis; quibus respondit exemplo depositi, et delegationis, ajens, ex his recte ad propositam speciem non inferri, quia id in deposito, et delegatione benigne receptum fuit (2).

(1) *Vinnius lib.* 1. *selectar. quaest. cap.* 40.
(2) *Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat; quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat; id enim benigne receptum est. D. l. Qui negotia* 34. *in prin. vers. Nec ff. mandat.* (17. 1.)

§. 845.

Neque satis firma ratione videtur dissentire Voet, seu reprobare hunc conciliandi modum, quia tempore Affricani fictae traditiones jam admissae fuissent, prout demonstrare conatur ex responsis Jureconsultorum, quorum alii Affricano antiquiores sunt, alii prope coaetanei (1): etenim nemo negat, Affricani aetate, atque etiam ante ipsum fictas traditiones in quibusdam casibus admissas fuisse, prout benigne receptum ait idem Jureconsultus in pecunia deposita, et delegatione debitoris (2), sed ajunt, posterioribus Ulpiani temporibus quasdam traditiones fictas probatas fuisse, quae prius rejiciebantur: atque ideo Ulpianus singularia quaedam recepta esse ait in pecunia credita (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de reb. credit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 6.
(2) *D. l. Qui negotia* 34. *ff. mandat.* (17. 1.)
(3) *D. l. singularia* 15. *ff. hoc tit.*

§. 846.

Aliis magis placet, discrimen inter sententiam Ulpiani (1), et Affricani (2) ex eo repetere, quod in specie Ulpiani praesentes essent dominus, et procurator; absentes vero in specie Affricani: hic sane agit de procuratore, qui per epistolam significavit, se certam summam apud se habere, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris (3); Ulpianus autem, licet procuratoris, et domini praesentiam expresse non commemoret (4), facile tamen ex aliis legibus suppleri potest, prout in jure receptissimum est.

(1) *D. l. Singularia* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Qui negotia* 34. *ff. mandati* (17. 1.)
(3) *D. l.* 34., *in princip.*
(4) *In d. l.* 15. *ff. hoc tit.*

§. 847.

Uterque ex his conciliandi modis suum pondus habet: sed non arbitramur, ulterius in hac re immorandum; cum utriusque opinionis defensores (1) fateantur, usu fori nihil interesse inter dominum, et procuratorem absentem, vel presentem, sed in utro-

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

que casu vi fictae traditionis mutuum contrahi; sublatis Romanarum legum ambagibus. Quod ajunt aliqui, Ulpianum agere de domino, qui procuratori consenserit (2), Affricanum de eo, qui consensum suum procuratoris voluntati non accommodaverit, falsum esse apparet ex ipsis Affricani verbis, cum Jureconsultus contractum, et pactionem commemoret (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 12. tit. 1. num. 5. fer. in princip.*

(2) *D. l. Singularia 15. ff. hoc tit.*

(3) *Alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri. D. l. Qui negotia 34. fer. in princ. ff. mandati* (17. 1.)

CAPUT II.

Qui mutuum dare, vel accipere possint.

Instit. lib. 3. tit. 15. *Quibus modis re contrahunt. obblig.*
Digest. lib. 12. tit. 1. *De rebus credit. et si certum petat.*
Cod. lib. 4. tit. 1. *De rebus credit. et jurejurand.*

SUMMARIA.

Si procurator mutuum dederit alterius nomine, actiones omnes domino acquiruntur, quin ulla cessio necessaria sit. §. 848.

Tutores, et curatores, nec non administratores universitatum mutuum dare possunt. §. 849.

Socius pecuniam communem mutuo dare non potest, nisi consentiant socii. §. 850.

An pupilli, et praesides provinciarum mutuam pecuniam dare possint? §. 851.

Filiofamilias, qui viaticum suum mutuo dederit, Romanae leges extra ordinem subveniunt. §. 852.

Mutuum accipere possunt omnes, qui possunt obligari, nisi speciatim prohibeantur. Quid de pupillis, minoribus, furiosis, prodigis, et administratoribus universitatum? §. 853.

Judices, coram quibus lis pendet, mutuum accipere nequeunt ab illis, ad quos lis pertinet. §. 854.

Filiisfamilias mutuum dare non licet. §. 855.

§. 848.

Mutuum dare possunt, qui rerum suarum plenam, et liberam administrationem habent; non tantum per se, sed et per alium, cui mandatum dederint; videlicet per procuratorem (1), vel etiam per negotiorum gestorem (2). Postremo autem casu, non procuratori, sed domino acquiruntur actiones omnes sive principales, sive accessoriae, veluti pignoratitia, et hypothecaria, quin cessio necessaria sit (3): ut enim scite ratiocinatur Justinianus, nulla ratio est, cur cessio desideretur in pignore, et hypotheca, quae in condictione non requiritur (4).

(1) *L. Si pecuniam 26. ff. hoc tit. l. Cum per liberam 2. cod. per quas person. nob. acquir.* (4. 27.)

(2) *L. Si absentis 4. cod. si certum petat.* (4. 2.)

(3) *D. l. 2. cod. per quas person. etc.*

(4) *D. l. 2. prop. fin.*

§. 849.

Si tamen negotiorum gestori aliqua imputari possit culpa, nec dominus consenserit in mutuum, cum illud perspectum habuit, potest nomen reprobare (1): sed de potestate

negotiorum gestoris suo loco agemus. Quemadmodum procurator mandato domini mutuum dare potest, ita et administratores rerum alienarum; puta tutores, et curatores (2), universitatum etiam rectores (3); ea utique lege, ut eorum indemnitati, atque utilitati prospiciant, quorum bona regunt; futurum alioquin, ut de damno teneautur (4).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *D. l. Si absentis* 4. *cod. si certum petat.* (4. 2.)

(2) *L. Si tutor* 15. *ff. de administrat., et pericul. tutor.* (26. 7.), *l. Et si tutores* 2. *cod. quand. ex fact. tutor.* (5. 39.)

(3) *L. Gajus Sejus* 11. *ff. de usur.* (22. 1.)

(4) *V. Novell.* 72. *cap. Quoniam autem* 6., *et seq.*

§. 850.

Si socius, ait Paulus, propriam pecuniam mutuam dederit, omnino creditam facit, licet socii dissentiant (1); cum rei suae moderator, atque arbiter sit (2): sed communem pecuniam mutuo dare nequit, nisi caeteri consentiant (3); quia per mutuum fit alienatio (4): socius autem pecuniae communis pro parte tantum dominus est, atque in hac parte, quippe cujus alienationem habet (5), mutuum consistere videtur.

(1) *L. Si socius* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *L. In re mandata* 21. *cod. mandat.* (4. 35.)

(3) *D. l.* 16. *in med. ff. hoc tit.*

(4) *Princip. instit. hoc tit.*

(5) *D. l.* 16. *in fin.*

§. 851.

Pupillus sine tutoris auctoritate mutuum dare non potest (1): si tamen dederit mutuam pecuniam, eaque consumpta sit, mutuum convalescit, prout in plerisque aliis casibus observatur, itaut condictio numeranti detur, licet pecuniae dominus non sit (2). Praesides provinciarum, eorumque ministri, qui ad tempus officio fungerentur, neque per se, neque per interpositam personam mutuum apud Romanos dare poterant (3): quod usu neutiquam servari tradunt interpretes (4).

(1) *L. Non omnis* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*, §. *ult. instit. quib. alienar. licet, vel non* (2. 8.)

(2) *D. l.* 19. §. 1. *in fin.*, *l. Rogasti* 11. §. *ult.*, *l.* 12., *et* 13. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Principalibus* 33., *et l. seq. ff. hoc tit.*, *l. Eos, qui* 3. *cod. si cert. petat.* (4. 2.)

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 8. *in princip.*

§. 852.

Singulare quoddam receptum fuit in filiofamilias, qui mutuum dederit viaticum suum, idest quod pater ipsi peregre studiorum caussa proficiscenti in sumptus itineris, et alimentorum suppeditavit; licet enim filiusfamilias vix ullas actiones suo nomine habeat (1), Scaevola tamen putavit, ei extra ordinem in hoc casu subveniendum esse (2); forte, quia potius filiifamilias interesse videtur, quam patris.

(1) *L. Filiusfamilias* 9. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

(2) *L. Cum filiusfamilias* 17. *ff. hoc tit.*, *l. Si longius* 18. *in fin. ff. de judic.* (5. 1.)

§. 853.

Sequitur disputatio de personis, quibus mutuum datur: atque hic generalis regula constituitur, mutuum accipere posse eos omnes, qui possunt obligari, nisi speciatim prohibiti sint: proinde majores, qui liberam rerum suarum administrationem habent, nec patris imperio subsunt, mutuum recte accipiunt, et obligantur: pupilli quoque, minores, furiosi, e prodigi ex mutuo a tutoribus, vel curatoribus accepto tenentur, si modo pecunia mutuo data in rem ipsorum versa sit (1): quod si pupillo ipsi, vel minori, tutore, vel curatore probante, mutua pecunia data fuerit, restitutionis in integrum ope a mutui obligatione liberantur, si pecunia in rem suam versa non probetur (2). An, et quatenus universitatum administratores, mutuam pecuniam pro universitate accipiendo, eandem obligent, alibi ex proposito expendimus (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

(1) *L. Si in rem* 3. *cod. quand. ex fact. tutor.* (5. 39.)
(2) *L. ult. cod. si advers. credit.* (2. 38.)
(3) *V. Tom. III. pag.* 60. §. 205., *et seqq.*

§. 854.

Praesides provinciarum, licet mutuum dare apud Romanos prohiberentur (§. 851.); accipere tamen poterant (1): in mutuo dando periculum erat immodicarum usurarum; in accipiendo autem propriae necessitati consulitur, quod iniquum non videtur: placuit tamen, judicibus, coram quibus lis pendet, interdicere, ne pecuniam mutuam accipiant ab illis, ad quos lis pertinet; exilii poena tum dantibus, tum accipientibus indicta, ne videantur dantes quasi legum emptores (2), seu judicium, atque justitiae corruptores: quod et ad alia officia protractum fuit (3).

(1) *L. Praesidis* 34. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Quisquis* 16. *cod. si cert. petat.* (4. 2.)
(3) *L. Eos, qui officia* 3. *cod. eod. tit.*, *l. unic. cod. de contractib. judic.* (1. 53.)

§. 855.

Filiis quoque familias mutuum dare non licet, prout senatusconsulto Macedoniano cautum fuit; sed quia argumentum hoc maximi momenti est, atque singularibus difficultatibus involutum, seorsim de eo dicere praestat.

Appendix

De Senatusconsulto Macedoniano.

Instit. lib. 3. tit. 15. *Quibus modis re contrahunt obblig.*
Digest. lib. 14. tit. 6. *De Senat. Consult. Macedon.*
Cod. lib. 14. tit. 28. *Ad Senat. Consult. Macedon.*

SUMMARIA.

Referuntur verba Senatusconsulti Macedoniani. §. 856.

Filiifamilias ante Senatusconsultum Macedonianum mutuum capere prohibebantur: sed res haec ex Senatusconsulto ad perfectiorem formam redacta fuit. §. 857.

Pecuniam incertis nominibus credi, cur dicatur, cum mutua datur filiofamilias? 858.

Mutuum solum interdicitur filiisfamilias: caeteri contractus cujuscumque generis permittuntur. §. 859.

Mutuum consistit in filiofamilias, si quis novandi caussa stipuletur ab eo mutuum, quod alteri prius dedit. §. 860.

Mutuum ex caussa praecedentis emptionis, vel alterius contractus, quo filiusfamilias debitor factus sit, contrahi non prohibetur, si dolus absit. §. 861.

Pecuniae nomine, cum de mutuo filiisfamilias prohibito agitur, solum aes signatum, seu pecunia numerata continetur. Quare? §. 862.

Macedoniano Senatusconsulto an subsint oenopolae, cerevisarii, ornamentorum venditores, et similes, qui immodice credant res ad victum, et vestitum spectantes filiisfamilias? §. 863.

Filiorumfamilias nomine in Senatusconsulto Macedoniano continentur liberi utriusque sexus, tum primi, tum ulteriorum graduum, sub potestate constituti, atque etiam adrogati. §. 864.

Filiifamilias patria potestate per dignitatem exempti, Senatusconsulto Macedoniano non subjiciuntur. §. 865.

Mutuum filiofamilias datum sustinetur, si pecuniam credens falso errore ductus eum patremfamilias arbitratus fuerit. §. 866.

Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

Quid si duo mutuam pecuniam crediderint filiofamilias, quorum unus mutuatarii conditionem perspectam haberet, alter ignoraret? §. 867.

Contrahenti non semper potest imputari, cur ignoraverit conditionem ejus, cum quo contraxit. §. 868.

Mutuum recte datur filiisfamilias, qui peculium castrense, quasi castrense, vel adventitium irregulare habeant. §. 869.

Senatusconsulti Macedoniani prohibitio cessat, si pater expresse, vel tacite consenserit filio suo mutuam pecuniam accipienti. §. 870.

Ratihabitione patris convalescit mutuum filiofamilias datum, si tempore opportuno facta fuerit. §. 871.

Pater non judicatur consensisse mutuo filiifamilias ex eo, quod chirographum obligationis sigillo patris munitum sit. §. 872.

An filiusfamilias, qui ex chirographo conventus neget, creditam sibi fuisse pecuniam, allegans mutui colorem quaesitum a creditore, ut ditior appareret, condemnari possit. §. 873.

Turpitudo propria excipiendo potest allegari, si simul agentis turpitudo arguatur. § 874.

Pater, qui filii chirographo subscripserit, mutuo consentire censetur. Quid si filius institorio patris nomine mutuum accipiat? §. 875.

Mutuum filiofamilias creditum in usus honestos, quos paterna pietas exigit, Senatusconsulti Macedoniani sanctione non comprehenditur. §. 876.

Quid si filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit in rem patris, vel alio consilio accepta deinceps in rem patris versa sit? §. 877.

Mutuum a pupillo creditum filiofamilias sine tutoris auctoritate Macedoniano Senatusconsulto non subest. Idem est de minore curatorem habente. §. 878.

Si mutuans, et mutuatarius filiifamilias minores aetate sint, melior est conditio accipientis, qui de damno vitando certare videtur. §. 879.

Filiusfamilias minor, qui mutuam pecuniam acceperit ab eo, qui in fraudem creditorum dedit, Macedoniani Senatusconsulti beneficio non juvatur. §. 880.

Pupilli ignorantiam, quae per aetatem contingit, creditoribus captiosam, ipsi vero lucrosam esse non decet. §. 881.

Tempus numerationis, non promissionis inspicitur, cum quaeritur, an contra Senatusconsulti Macedoniani sanctionem gestum sit. §. 882.

Senatusconsulti Macedoniani exceptio competit filiofamilias, patri, haeredibus, fidejussoribus, et mandatoribus. §. 883.

Civitati, quae filiofamilias crediderit, objici potest exceptio Senatusconsulti Macedoniani. §. 884.

Mutuum etiam sine usuris filiofamilias dari prohibetur. §. 885.

Soluti a filio familias, qui mutuam pecuniam acceperit, repetitio non datur: nisi forte curator minoris per ignorantiam solverit. §. 886.

Quid si pars mutuae pecuniae creditae a filiofamilias sui juris facto, vel a patre ejus nomine soluta sit? §. 887.

Quid si in securitatem mutuanti datum sit pignus, quod minoris valeat, quam sit pecunia credita? §. 888.

Protestatio necessaria in omni casu non est, ut filius ultra partem mutuae pecuniae solutam non teneatur. §. 889.

Quid si filiusfamilias sub patria potestate adhuc constitutus pecuniae mutuo acceptae partem solverit? §. 890.

Filiusfamilias non potest renunciare beneficio Macedoniani Senatusconsulti. §. 891.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4 tit. 28.

Filiusfamilias, qui passus sit se delegari alteri creditori, Macedoniani Senatusconsulti exceptione adversus hunc uti non potest. §. 892.

Macedoniani Senatusconsulti exceptio deneganda videtur filiofamilias, qui eam ante sententiam non abjecerit; nisi a sententia provocaverit. §. 893.

§. 856.

Cum inter caeteras sceleris caussas, verba sunt Senatusconsulti Macedoniani ab Ulpiano relata, *Macedo, quas illi natura*, seu indoles utique pessima, *etiam aes alienum adhibuisset, et sepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam* (*ne quid amplius diceretur*), *incertis nominibus crederet; placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio, petitioque daretur; ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen*, seu creditum, *expectata patris morte, fieri* (1).

(1) *L. 1. in princip. ff. hoc tit.*

§. 857.

Ex his patet, Senatusconsultum hoc Macedonianum dictum non fuisse a consulibus, vel aliis magistratibus, quibus instantibus, vel imperantibus latum fuerit, sed ab eo, qui malis suis artibus caussam Senatusconsulto dedit: quamquam et ante Senatusconsultum jam coeperat idem fere jus recipi: quod tamen ad certam, et perfectiorem formam Senatusconsulto exactum fuit. Singula Senatusconsulti verba explicanda sunt, ut illius vis plene percipiatur.

§. 858.

Pecuniam incertis nominibus filiofamilias credi (1) dicebatur, quia incertum erat, an filius ante patrem moriturus esset, an post patrem: si pater filio, turbato mortalitatis ordine, supervixisset, pecuniam utique improbus foenerator recipere non poterat, cum filiusfamilias, ut supponimus, nec castrense, nec quasi castrense peculium haberet; adventitia vero peculia adhuc inducta non fuerant: quod si pater praemortuus fuisset, tunc actione mutui conveniri poterat, tamquam propria bona habens ex caussa paternae haereditatis, vel aliunde. Sed quia hinc materia peccandi dabatur filiisfamilias, seu parentum vitae insidiandi, ut citius paterna bona consequerentur, idcirco senatus censuit, etiam post mortem patris actionem foeneratori denegandam (2).

(1) *D. l. 1. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 1. in princip. ff. hoc tit., Reg. Constit. lib. 4. tit. 34. cap. 14.* §. 10.

§. 859.

Mutua pecunia filiisfamilias dari prohibetur (1): proinde solum mutuum interdicitur; caeteri vero quicumque contractus a filiisfamilias recte geruntur, puta emptionis, locationis, et similes: quia sola mutuae pecuniae datio, subjicit Ulpianus, perniciosa parentibus eorum visa est (2): potest quoque filiusfamilias fidejubere pro eo, qui mutuam pecuniam accipit, nisi color quaesitus est, ut filiusfamilias, qui mutuum accipere volebat, alio reo dato, fidejubeat, atque a reo supposito pecuniam recipiat (3).

(1) *D. l. 1. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Item si filiusfamilias* 7. *ff. hoc tit.*

§. 860.

Amplius etiam placuit Romanis prudentibus, mutuum in persona filiifamilias convalescere, si ab eo quis stipuletur, novandi caussa, mutuum, quod alteri prius dedit (1); quia origo potius obligationis, ajunt Imperatores, quam titulus actionis inspicitur (2): idest tantum prohibetur obligatio, quae a mutuo filiofamilias dato coepit, non quae aliud habet initium, licet tandem in mutuum desinat.

(1) *L. Si, quod alii* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si filiusfamilias* 3. *cod. hoc tit.*

§. 861.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

Atque hinc, eodem fundamento motus, censuit Ulpianus, posse mutuum contrahi cum filiofamilias ex caussa praevia emptionis, vel alterius contractus, ex quo filiusfamilias debitor factus sit; atque pecunia tamqnam mutua apud ipsum relinquatur: nisi fraus Senatusconsulto Macedoniano cogitata sit: nimirum rem filiofamilias ea mente vendendo, ut rei pretium vice mutui habeat (1); quia contractus in sua origine venditionis, non mutui fuit (2).

(1) *D. l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Si filiusfamilias* 3. *cod. hoc tit.*

§. 862.

Pecuniae nomine aliquando in jure significantur res omnes, quae in patrimonio alicujus sunt (1); quia pecuniam habere videtur, qui rem habet, non vicissim (2): in hoc tamen argumento, quod odiosum est, quatenus libertatem dandi, et accipiendi minuit, solum aes signatum, seu sola pecunia, ut ajunt, numerata continetur (3); quia sola mutuae pecuniae datio parentibus perniciosa visa fuit (4); idest pecuniae datio longe magis, quam aliarum rerum occasionem praebere potest filiisfamilias insidiandi vitae parentum, cum res caeterae non eodem ardore quaerantur, nec aeque accipienti prosint.

(1) *L. Rei appellatio* 5., *l. Pecuniae verbum* 178. *ff. de verbor. signification.*
(2) *L. Tantum quisque* 88. *ff. eod. titul.*
(3) *L. Item, si filiusfamilias* 7. §. *Mutui* 3. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*

§. 863.

Sed et hic cavendum, ne aliarum rerum traditione Senatusconsulto fraus fiat (1): aeque enim directe, ac indirecte contra leges peccari potest (§. 861.): atque hinc quidam sentiunt, oenopolas, cerevisarios, sartores, ornamentorum venditores, et similes Senatusconsulto Macedoniano contineri, si non ignari conditionis eorum quibuscum contrahebant, immodice crediderint res ad victum, et vestitum spectantes, ad luxum potius, quam ad necessitatem, vel decentiam status, etiamsi filiofamilias studiorum, vel artis addiscendae caussa absenti (2): quamquam putant alii, hosce contractus judicis quidem arbitrio ad aequitatem reducendos, non tamen pertinere ad Senatusconsultum, de quo agimus; quippe nec dantes, nec accipientes de mutuo contrahendo cogitant.

(1) *D. l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 14. *tit.* 16. *num.* 2. *in med.*

§. 864.

Senatusconsulti Macedoniani sanctio pertinet ad filiosfamilias mutuam pecuniam accipientes (1): filiorum autem familias nomine continentur tum masculi, tum foeminae, seu liberi utriusque sexus sub patria potestate constituti (2): nepotes, nec non pronepotes (3), atque etiam filii adrogati (4).

(1) *D. l.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. Sed si paterfamilias* 9. §. *Hoc Senatusconsultum* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Filium* 14. *ff. hoc tit.*, *l. Si filius* 6. §. 1. *cod. hoc tit.*
(4) *L.* 1. §. *Certe* 2. *ff. hoc tit.*

§. 865.

Neque ex dignitate filiifamilias mutuam pecuniam accipientis, si jus vetus inspiciamus, cessat Senatusconsultum Macedonianum (1); sed cum jure novo dignitates quaedam a patria potestate solvant (2), consequens est, aliqua ex his dignitate praeditis recte mutuum dari: licet Justinianus decreverit, ut patria potestas per dignitatem tantummodo cesset, quatenus filiis damnum allatura est; etenim filiorum interesse vide-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14 tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

tur, liberam contrahendi mutui habere facultatem: praeterquamquod Senatusconsultum parentum potius, quam liberorum favore latum fuisse constat (3).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Novell.* 81. *in praefat.*, *et cap.* 2.

(3) *L.* 1. *in princip.*, *l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*, §. *ult. instit. quod cum eo, qui in alien. potestat.* (4. 7.)

§. 866.

Immo etiam fieri potest, ut valeat mutuum filiofamilias datum, licet sub patria potestate constituto: si dolus danti non possit imputari, quia justo errore ductus putaverit, eum esse patremfamilias (1), vel quia talis publice habebatur, agebat, et contrahebat, seorsim a patre habitabat; vel quia officium exercebat, puta publicani, quod a filiisfamilias, patre consentiente, exerceri solet (2). Idem dicendum, si quis se patremfamilias dixerit, atque justa ratione mutuans talem crediderit (3); neque enim ulla in hisce casibus mutuanti culpa imputari potest, ut creditae pecuniae amissione puniendus sit.

(1) *L. Si quis patremfamilias* 3. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Zenodorus* 2. *cod. hoc tit.*, *Reg. Constit. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 14. §. 10., *ubi: immo mutuum dari permittitur filiis, qui emancipati sunt, vel qui una cum patre non degunt, aut mercaturam, vel negotiationem publice exercent, atque mutuum dantes severius puniri jubentur, si seductio, fraus, aut illicitus alius modus intervenerit.*

(3) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

§. 867.

Si duo crediderint mutuam pecuniam filiofamilias, quorum unus patremfamilias existimabat, alter sub parentis potestate constitutum sciebat, utrique denegandam mutui repetitionem sensit Ulpianus: *sed et si alteruter eorum ignoraverit, in patris esse potestate, verius dicendum est, utrique nocere* (1): ita respondit Jureconsultus, quia ex juris regula, qui cum alio contrahit, scire debet illius conditionem (2): atque ignorans facile inquirendo potuisset ab alio mutuante scire mutuum accipientis conditionem; Senatus autem consulti Macedoniani exceptio illi tantum non obstat, qui scire non potuit, filiumfamilias esse eum, cui pecuniam credebat (3).

(1) *L. Item si filiusfamilias* 7. §. *Proinde* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.*

(3) *L. penult. ff. hoc tit.*

§. 868.

Verum, cum ipse Ulpianus *severius* ita dici fateatur (1); atque contingere facile potest, ut quis bona fide, et justo, seu probabili errore ductus patremfamilias existimaverit, qui sub patria potestate constitutus erat, nec, cum minime dubitaret, inquirere debuit, potissimum ab altero, qui mutuum simul dando demonstrabat, se tamquam patrifamilias mutuam pecuniam dare, judicis est, in hoc casu, singulis adjunctis pensatis, definire, an mutuum danti succurrendum sit, an Senatusconsulti Macedoniani exceptione repellendus (2): ne alioquin pecunia sua carere cogatur, qui alteri prodesse voluit: potissimum si absque usuris crediderit.

(1) *D. l. Item si filiusfamilias* 7. §. *Proinde* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Si quis patremfamilias* 3. *in princip. ff. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. hoc tit.*

§. 869.

Quin et alii plures casus sunt, in quibus mutuum a filiisfamilias contractum subsistit, atque pecuniae repetitio datur. Imprimis mutuum recte datur filiofamilias, qui peculium castrense, vel quasi castrense habeat (1), usque ad quantitatem alterutrius peculii, non ultra (2), cum filiusfamilias, quoad haec peculia, tamquam paterfamilias consideretur

(3): nec aliud dicendum videtur de peculio adventitio irregulari, seu cujus proprietatem, et usumfructum filius habeat (4); quia filii quoad hoc peculium jure patris familias utuntur, cum agere, et conveniri possint (5), atque de eo *licentiam habeant, quo volunt modo disponere* (6).

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 14. tit. 6 Cod. l. 4. tit. 28.

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit., l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit., Reg. Constitut. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 14. §. 10.

(2) *L. Usque ad quantitatem* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 2., *d. l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 14. *tit.* 6. *num.* 4. *fere in princip., Reg. Constitut. d.* §. 10.

(5) *L. ult. in fin. princip. cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(6) *Novell.* 117. *cap.* 1. §. 1.

§. 870.

Cum Senatusconsultum Macedonianum prospicere voluerit securitati parentum, ne filii aere alieno gravati eorum vitae insidientur (1), sponte sequitur, cessare prohibitionem, si expressus (2), vel tacitus patris consensus intervenerit, qualis intervenire judicatur, non tantum si patre permittente mutua filiofamilias pecunia data fuerit (3), sed etiam si eo sciente (4), nec contradicente (5): patris autem nomine parentem intelligimus, sub cujus potestate filiusfamilias constitutus est; quare nepos ex consensu patris sui in avi potestate constituti mutuum accipere non potest (6); cum enim pater in ea caussa sit, scite animadvertit Julianus, ut pecuniam mutuam, invito patre suo, accipere nequeat, nec efficere potest, ut filio suo recte credatur (7).

(1) *L. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff hoc tit.*

(2) *L. Zenodorus* 2. *cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 20. *definit.* 4. *in fin.*

(3) *L. Si permittente* 4. *cod. hoc tit., Reg. Constitut. lib.* 4. *tit.* 34 *cap.* 14. *d.* §. 10.

(4) *L. Si tantum* 12. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Si filiusfamilias* 16. *ff. hoc titul.*

(6) *L. Filium* 14 *ff. hoc tit.*

(7) *D. l.* 14. *in fin.*

§. 871.

Patris quoque ratihabitione convalescit mutuum filiofamilias datum patre ignorante, vel invito, ita ut ab initio valuisse judicetur, ratihabitione ad contractus initium retrotracta (1): si modo tempore opportuno facta fuerit, quo nempe fieri posset id ipsum, quod ratum habetur (2): nec jus interim tertio quaesitum sit (3), cui non decet adferri; ne alioquin in alicujus potestate sit alterius conditionem efficere deteriorem (4): atque inde colligit Faber, ut obiter dicamus, non posse pro Titio ferri sententiam, si falsus procurator contra Sempronium judicio adfuerit, licet Titius falsi procuratoris factum ratum habuerit, sive ante, sive post sententiam, nisi a tempore secutae ratihabitionis Sempronius denuo contumax fiat (5).

(1) *L. ult. in princ. cod. hoc tit.*

(2) *L. penult. ff. ratam rem haberi* (46. 8.), *l. ult. ff. quis ordo in possessionib. servet.* (38. 15.), *Fab. codic. hoc tit. ad Senat. Consult. Macedonian. lib.* 4. *tit.* 20. *definit.* 1. *in princip.*

(3) *Fab. d. definit.* 1. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(4) *Argument. l. Qui balneum* 9. §. 1. *in fin. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

(5) *Fab. cod. eod. tit. def.* 2.

§. 872.

Non tamen ratihabitio, neque consensus patris erui tuto potest ex eo, quod chirographum obligationis, per mutuum a filiofamilias susceptae, sigillo patris munitum sit, potissimum si fraude creditoris ita factum fuerit (1): adeoque desiderantur aliae

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

consensus, vel ratihabitionis probationes: praeterquamquod imprudens pater potuit alia ex caussa circumventus signasse: vel eo inscio alius, sigilli possessionem consecutus, subscripsisse (2)

(1) *Fab. cod. eod. tit. de Senat. Consult. Macedonian. definit.* 3. *in princip.*, *l. Distrahente* 2. *cod. de reb. alien. non alienand.* (4. 51.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 14. *tit.* 16. *num.* 4. *in med.*, *Perezius in cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 28. *num.* 10.

§. 873.

Quaerit hac occasione Faber, an filiusfamilias condemnari possit, si ex chirographo conventus neget, sibi creditam fuisse pecuniam, atque alleget, mutui colorem quaesitum a creditore, ut ditior appareret: puta a muliere, quo facilius inveniret virum, cui nuberet. Pro filiofamilias respondet laudatus auctor, atque proposito dilemmate, ut ajunt philosophi, sententiam suam probare nititur (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. ad Senat. Consult. Macedonian. lib.* 4. *tit.* 20. *dict. definit.* 3. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

§. 874.

Ita ergo ratiocinatur (1): vel filiusfamilias simulationem allegans audiendus non est, vel audiri debet: in prima specie, praecisa etiam simulatione, superest mutui caussa, quod a Senatusconsulto Macedoniano improbatur (2): quod si adducens simulationis consilium, cujus ipse particeps fuit, audiatur, simulationis caussa impedit, ne obligatio contrahatur (3). Neque objici potest filiofamilias, quod turpitudinem suam allegat; nihil enim obstat, quominus excipiendo allegetur propria turpitudo, si simul arguatur turpitudo illius, qui agit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 20. *d. definit.* 3. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1., *et passim ff. hoc tit.*

(3) *L. ult. cod. plus valer.*, *quod agit.* (4. 22.)

§. 875.

Sane, si pater chirographo filii subscripserit, consentire judicatur (1): vel si filius a patre negotio praepositus fuerit, atque institorio nomine pecuniam acceperit, vel patre sciente negotiationem exerceat (2).

(1) *L.* 1. §. *Sed et si servi* 4. *ff. quod jussu* (15. 4.)

(2) *L. Item, si filiusfamilias* 7. §. *Interdum* 11. *ff. hoc tit.*

§. 876.

In casibus, quos hactenus expendimus, valet mutuum a filiofamilias contractum expressa, vel tacita patris voluntate: praesumpta eundem effectum parit; puta si quis mutuam pecuniam crediderit filiofamilias in usus honestos, veluti studiorum caussa, dummodo non immodicam quantitatem, sed eam, quam pater suppeditare solebat (1), vel suppeditare tenetur prae paternae pietatis officio: *Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem ejus pecuniae non impedit, quae filiofamilias studiorum, vel legationis caussa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret.* Verba sunt Imperatoris Alexandri (2).

(1) *D. l. Item si filiusfamilias* 7. §. *Quod dicitur* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *In l. Macedoniani* 5. *codic. hoc titul.*

§. 877.

Si filiusfamilias mutuam acceperit pecuniam in rem patris, atque in hujus rem versa sit, puta ex ea sororem, patre absente, vel relegato dotaverit (1), Senatusconsulto Macedoniano locus non est; immo pater de in rem verso tenetur, cum ipse, mortua in matrimonio filia, dotis repetitionem habeat (2): idem dicendum, si ab initio quidem in rem patris non acceperit, sed deinceps verterit (3): contra, si accepta quidem sit pecunia in rem patris, non tamen versa, quippequam filius in alios usus impenderit, exceptio Senatusconsulti filiofamilias datur (4): sibi imputet creditor, cur non

curaverit, pecuniae mutuo datae emolumentum ad patrem pervenire; atque ita generatim obtinere aequum est, quoties vel extat pecunia credita, vel in rem patris versa est; quidquid Romani jureconsulti, severitate potius, quam aequitate juris naturalis inspecta, tradiderint (5).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 2. tit. 14. Cod. l. 2. tit. 3

(1) *L. Item si filiusfamilias* 7. §. *Sed, et si* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Filiusfamilias* 17. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. §. *Proinde* 12. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 7. §. 12. *in med.*
(5) *In l. Sed si paterfamilias* 9. §. *Hoc Senatusconsultum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 878.

Utrum pupillus, vel minor, qui mutuam filiofamilias pecuniam dederit, Senatusconsulti Macedoniani beneficio gaudeant, distinguendum est, an soli, an tutore, vel curatore consentiente, et probante. Mutuum a pupillo absque tutoris consensu filiofamilias datum Senatusconsulto Macedoniano non subest; pupillus sine tutoris auctoritate mutuum omnino dare nequit (1): neque dominium pecuniae transfert in accipientem, atque ideo extantem potest vindicare (2); tum quia aetatis magis habetur ratio, ait Ulpianus, quam Macedoniani Senatusconsulti (3): atque idem obtinet in minore curatorem habente, atque sine illius consensu mutuam pecuniam dante, cum minor curatorem habens prodigo, cui bonis interdictum est, comparetur (4).

(1) *L. Si quis patremfamilias* 3. §. *Proinde* 2. *ff. hoc tit.*
(2) §. *ult. in princip. instit. quib. alienar. licet, vel non* (2. 8.)
(3) *L. Verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* (4. 4.)
(4) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integr. restit.* (2. 22.)

§. 879.

Quod si pupillus tutore auctore, vel minor probante curatore mutuum dederint, ex caussa laesionis, caussa cognita, in integrum restitui possunt (1); idem dicendum, si minor curatore destitutus pecuniam alteri crediderit (2): si vero fingamus, minorem esse tum dantem, tum mutuo accipientem, placuit, meliorem esse conditionem illius, qui mutuam pecuniam accepit, eamque dilapidavit, vel perdidit; quia videtur de damno vitando certare, qui accepit, et restituere detrectat, quod in rem suam versum non est: alter vero, qui sibi pecuniam restitui postulat, de lucro captando (3). Sane non dubium, quominus extantes nummi condici possint, vel etiam consumpti, sed in utilitatem accipientis, restituendi sint (4); cum aequitas non patiatur, ut alter cum alterius dispendio locuples fiat (5).

(1) *D. l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Proinde* 2. *ff. hoc tit.*, *d. l. Verum* 11. §. *ult. ff. de minorib.* (4. 4.)
(2) *D. l. Si curatorem* 3. *in fin. cod. de in integr. restitution.* (2. 22.)
(3) *D. l. Verum* 11. §. *Item quaeritur* 6. *ff. de minor.*
(4) *Argum. D. l.* 11. §. 6. *in fin.*
(5) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 880.

Quaerunt interpretes, an Senatusconsulti beneficio juvari debeat filiusfamilias, sive major, sive minor aetate, qui mutuam acceperit pecuniam ab eo, qui in fraudem creditorum dedit. Negantium sententia aequior, atque juris Romani principiis magis consentanea videtur. Imprimis aequitatem pro se habet sententia haec; etenim longe magis decet consulere indemnitati creditorum, qui tempore priores, et juris communis auxilio muniti sunt, quam minoris pecuniam mutuam accipientis, et dilapidantis; quippequi sibi debet imputare damnum, quod ex dilapidatione sentit (1): nec tanti fieri debet periculum captandae mortis parentum, ut cedat in dispendium creditorum, qui nec de dolo, nec de culpa argui possunt.

(1) *L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 3. tit. 12. ff l. 4. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

§. 881.

Juris quoque Romani principia huic sententiae favent; his nempe traditur, quod a pupillo gestum est in fraudem creditorum, omnimodo revocandum, si creditores vere fraudati sint (1), ratione adjecta; *quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus, et ipsi lucrosa* (2): sane lucrosa quodammodo esset pupillo ignorantia, si ope Senatusconsulti a restituendae pecuniae mutuo acceptae obligatione solveretur: praeterquamquod, uti jam animadvertimus (§. 878.), potior est caussa pupillaris aetatis, quam Senatusconsulti Macedoniani (3): cum igitur pupillo ex caussa aetatis non subveniatur in dispendium creditorum (4), multo minus ei subveniendum est ope Senatusconsulti Macedoniani.

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Si quid* 10. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)
(2) *D. l.* 6. §. 10. *in fin., atque subjicit jureconsultus:* eoque jure utimur.
(3) *D. l. Verum* 11. §. *ult. ff. de minorib.* (4. 4.)
(4) *D. l.* 6. §. 10. *ff. quae in fraud. creditor.*

§. 882.

Caeterum, ut sciatur, num contra Macedonianum Senatusconsultum mutua filiofamilias pecunia credita sit, tempus non promissionis, sed numerationis inspicitur (1): atque ideo, licet promissa fuerit Titio, cum adhuc in sacris paternis constitutus esset, si ei, patria potestate exempto, soluta fuerit, cessat Senatusconsulti prohibitio (2): atque viceversa, si quis promiserit ei, qui pater erat, tum solverit, cum filiusfamilias factus est, puta per adrogationem, solutio haec in Senatusconsultum Macedonianum impingit (3).

(1) *L. Quia, quod vulgo* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis patremfamilias* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *L. Contra etiam* 6. *ff. hoc tit.*

§. 883.

Si quaeratur, quae sit vis Senatusconsulti Macedoniani, seu quid praestet filiofamilias, qui pecuniam mutuam accepit, respondemus ipso jure actionem non tollere, sed tantum praebere exceptionem, cujus ope se liberet ab obligatione solvendi (1): atque exceptio haec competit etiam patri (2), haeredibus (3), fidejussoribus, et mandatoribus: alioquin adversus filiumfamilias regressum habituris, nisi forte intercesserint animo donandi (4).

(1) *L.* 1., *l. Item si filiusfamilias* 7. §. *Quamquam autem* 10. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. §. 10. *in fin., l. Sed si paterfamilias* 9. §. *Non solum* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. §. 10.
(4) *D. l.* 9. §. *Non solum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 884.

Competit exceptio haec adversus mutuantem, ejusque haeredes (1); mutuantem, inquam, quicumque ille sit, nisi forte pupillus, aut minor curatorem habens sine tutore, aut curatore mutuum dederit (§. 878.): atque Imperatores Severus, et Antoninus rescripserunt, civitati, quae filiofamilias crediderit, Senatusconsultum Macedonianum nocere (2): quamquam civitas, quae jure minorum utitur (3), exemplo minorum, caussa cognita, in integrum restitui potest (§. 879.)

(1) *L. Item, si filiusfamilias* 7. §. *Non solum ei* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Nihil interest* 15. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Rempublicam* 3. *cod. de jur. reipublic.* (11. 29.)

§. 885.

Nihil autem interest, utrum usurae in stipulatum deductae sint, an sine usuris mutua filiofamilias pecunia data fuerit (1); tum quia non desinit contractus mutui perniciosus timeri parentibus, licet sola sors restitui debeat (2); tum quia fraus Se-

natusconsulto Macedoniano facile fieri alioquin posset, repraesentatis ex ipsa pecunia mutuo data futuri temporis usuris. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

(1) *L. Item, si filiusfamilias* 7. §. *Sive autem* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*

§. 886.

Cum Senatusconsultum Macedonianum solam filiofamiliss mutuum accipienti exceptionem praestet (§. 883.), hinc sequitur, soluti repetitionem non dari, sive pater solverit, quia, solvendo ratum habere videtur (1), sive filius, postquam patria potestate solutus est (2); quia naturalis obligatio manet (3), quae soluti repetitionem impedit (4): nisi forte curator minoris per ignorantiam solverit (5); ne curatoris inscitia minori noceat.

(1) *L. Item si filiusfamilias*, 7. §. *penult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. §. *ult.*, *l. Sed si paterfamilias* 9. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Quia naturalis* 10. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Si poenae* 19. *in princip.*, *l. Qui exceptionem* 40. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

(5) *L. Cum tamen* 8. *ff. hoc tit.*

§. 887.

Ultra progressus est Ulpianus, atque censuit, ex solutione patris debiti facta a filio patria potestate liberato (1), vel a patre filii nomine mutuum ita convalescere, ut non tantum solutae partis repetitio denegetur, sed et reliquum omnino solvi debeat (2); quia partem alteruter solvendo videtur totum debitum probasse: nisi nominatim protestatus sit, ultra partem, quam solvit, se contractum probare nolle (3); etenim forte pecuniae mutuo datae pars in utilitatem filiifamilias, vel patris consumpta sit, non alia: neque cogendus est, qui sponte, et bonam fidem agnoscens, debiti partem solvit, ut reliquum praestet: alioquin res haec in dispendium creditoris facile cederet, cui nec portio praestaretur.

(1) *L. Item si filiusfamilias* 7. §. *penult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. §. *ult.*

(3) *Argum. l. Quidam existimaverunt* 21. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 888.

Atque hinc docet idem Ulpianus, Senatusconsulti exceptionem ultra pignoris quantitatem, seu valorem, denegandam non esse patrifamilias facto, qui mutuum sub potestate constitutus accepit, atque sui juris pignus dedit (1): cum pignus principalis obligationis accessio sit, ultra ipsius pretium firmare nequit principalem obligationem, quae per se non subsistit: alioquin accessorium principali fortius esset (2).

(1) *L. Si paterfamilias* 9. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 889.

Caeterum, prout ex dictis colligitur, quaestio haec tota facti est; quod enim dicitur, ex partis solutione totum debitum non agnosci, si solvens protestatus sit, quia justam habere potuit solvendae partis caussam (§. 887.), locum quoque habere potest, etiamsi nulla a solvente protestatio facta fuerit: maxime quia ex trito axiomate actus agentium ultra ipsorum intentionem extendi non debent (1): potissimum in odiosis; atque in dubio proniores nos esse decet ad liberandum, quam ad obligandum (2). Judex ergo singula rerum, et personarum adjuncta pensabit, priusquam pro mutuum dante, vel pro solvente sententiam ferat.

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligationib., et actionib.* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99, *ff. de verb. obligation.* (45. 1.)

Inst. l. 3. tit. 1. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 28.

§. 890.

Pertinent haec ad solutionem pecuniae mutuo acceptae factam a patrefamilias: quod si filius adhuc sub patris potestate positus solverit, ipsi quidem denegatur repetitio, sive adhuc vivat pater, sive mortuus sit: sed pater extantes nummos vindicare potest (1), atque etiam consumptos, si mala fide consumpti fuerint (2): secus si bona fides creditori faveat (3): nisi forte extraneus filiofamilias donaverit pecuniam eo plane consilio, ut creditori solveret; quo casu videtur pecunia a donante protinus ad creditorem profecta; atque ideo patri competere nequit illius repetendae facultas (4).

(1) *L. Sed si paterfamilias* 9. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l.* 9. §. 1. *in fin. in illis verbis:* ex omni eventu.

(3) *L. Si filiusfamilias* 14. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(4) *D. l.* 9. §. 1. *in princip.*

§. 891.

Si quis sciscitetur, an filiusfamilias possit beneficio Macedoniani Senatusconsulti renunciare, negandum est; quia non tam favore filii lata est hujusmodi sanctio, quam favore parentum, quorum vitae alioquin filii insidias facile struerent (1): atque etiam odio foeneratorum (2), adeoque perperam filiusfamilias renunciaret, etiam adjecto jurejurando; quippequod vim dare non potest actibus publica lege, alterius quam renunciantis, favore prohibitis (3).

(1) §. *penult. instit. quod cum eo, qui in aliena potestate est etc.* (4. 7.), *l. Si quis patremfamilias* 3. §. *Is autem* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui exceptionem* 40. *ff. de condiction. indeb.* (12. 6.)

(3) *L. Non dubium* 5. §. 1. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 892.

Si tamen filiusfamilias passus sit se delegari alteri creditori; adversus hunc exceptione Senatusconsulti Macedoniani uti non potest (1); tum quia, ut scite ait Paulus, nihil in hac delegatione fit contra Senatusconsultum; tum quia creditori, cui filiusfamilias delegatus est, nihil potest imputari; cum forte nec sciret, quid inter filiumfamilias, et primum creditorem actum fuerit, atque, etiamsi sciret, dissimulare potest (2); cum ex justa aliqua caussa, ut supra diximus, mutuum in filiofamilias consistat, puta si ad illius utilitatem pecunia credita sit, et in rem ejus, vel patris versa (§. 876.)

(1) *L. Doli exceptio* 19. *ff. de novationib.* (46. 2.)

(2) *D. l.* 19. *in fin.*

§. 893.

Postremo, si Ulpiano credimus, exceptio Senatusconsulti Macedoniani competit filiofamilias, licet eam non opposuerit ante sententiam, atque ideo condemnatus sit (1): verum, hodiernis moribus inspectis, appellationis remedium implorandum est (2), ut sententiae executio impediatur: maxime cum imputari possit filiofamilias, vel patri, cur ad legis auxilium prius non confugerint. Sed satis de mutuo filiisfamilias dato.

(1) *L. Tamen* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 14. *tit.* 16. *num.* 3. *in fin.*

CAPUT III.

Quis sit effectus mutui.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 1.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationib. quae re contrahunt.*
Digest. lib. 12. tit. 1. *De reb. credit., et si cert. petat.*
Cod. lib. 4. tit. 1. *De reb. credit., et jurejurand.*

SUMMARIA.

Mutuum valet, licet dominium in accipientem temporis momento transferatur. §. 894.

Condictio certi competit mutuanti ad obtinendam rei mutuo datae restitutionem, §. 895.

Condictionis nomine in jure donantur actiones personales, quae speciale nomen non habent, nec specialem formam: quo differant condictiones ab actionibus in factum? §. 896.

Condictio vel certi, vel incerti dicitur. Utraque explicatur. §. 897.

Mutui certa quantitas certi condictione petitur. §. 898.

§. 894.

Dominium rerum per mutuum a dante in accipientem transferri, supra diximus (§. 831.): non tamen gratis omnino, sine onere restituendi: si enim mutuarius nihil restituere teneretur, mutuum esse desineret, atque in donationem abiret. Ergo mutuatarius tenetur ad restituendam, non quidem eamdem rem, quam mutuo accepit, sed aliam ejusdem generis, et bonitatis (§. 834.): sufficit autem, momento temporis rem in dominio mutuantis esse, ut mutuum valeat, si ea in mutuatarium transferatur; puta si Titius Sempronio donaverit, ut statim idem Sempronius eosdem nummos Titio mutuos tradat (1): saltem si aequitas potius, quam juris subtilitas inspiciatur (2).

(1) *L. Si tibi pecuniam* 20. *ff. hoc tit., l. Qui id, quod* 33. §. 1. *ff. de donation.* (39. 5.)

(2) *L. Qui sic solvit* 55. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 895.

Porro ad obtinendam rei mutuo datae restitutionem, comparata est actio, quae in jure certi condictio appellatur. Condictionis nomine significatur actio personalis, qua agimus adversus eum, qui nobis obligatus est ad aliquid dandum, vel faciendum (1), ad discrimen vindicationis, quae est actio in rem, qua rem nostram petimus ab eo, qui eamdem possidet (2); licet ex nulla caussa nobis obligatus sit.

(1) *L. Actionum* 25. *in princip. ff. de obligationib., et action.* (44. 7.)

(2) *D. l.* 25. *in princip.*

§. 896.

Condictionis, quae interdum etiam condictitia actio (1), vel simpliciter condictitia (2), vel actio condictionis dicitur (3), nomine generatim donantur, non actiones omnes in personam, sed quae speciale nomen in jure non habent, nec specialem formam: differunt tamen ab actionibus *in factum*; istae enim non veniunt ex re certa, seu negotio quodam determinato, ut ajunt, sed ex aequitate naturali proficiscuntur, atque ut plurimum a praetore confirmantur.

(1) *L. Qui se debere* 7. *in fin. princ. ff. de condiction. causs. dat.* (12. 4.)

(2) §. *Tripli vero* 24. *in fin. instit. de actionib.* (4. 6.), *l. Uxor marito* 55. *ff. de donation. int. vir., et uxor.* (24. 1.)

(3) *L.* 1. *cod. de condiction. indebit.* (4. 5.)

§ 897.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

Duplex est condictio, videlicet certi, vel incerti: certi condictio ea est, qua quid certum petitur: seu *quae competit ex omni caussa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto*, dummodo certa sit quantitas, quae debetur, cum petitur (1): condictio autem incerti toties locum habet, quoties incertum est, quod postulatur, seu petitur id, cujus aestimatio incerta est: veluti si quis putans se pecuniam debere Sempronio, illius jussu, eandem promiserit ei, cui Titius donare volebat (2), vel etiam creditori (3). Eadem incerti condictione quis petere potest, ut liberetur ab obligatione, quam sine caussa suscepit (4).

(1) *L. Certi condictio* 9. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si cum filiusfamilias* 2. §. *Aliud juris* 3. *ff. de donationib.* (39. 5.)

(3) *D. l.* 2. §. *Item, si ei* 4.

(4) *L. Qui sine caussa* 3. *ff. de condiction. sine causs.* (12. 7.)

§. 898.

Cum autem in mutuo certa sit quantitas, idcirco illius restitutio petitur certi condictione. Inquirendum porro, quibus detur haec condictio in mutuo, contra quos detur, quid per eam petatur, seu quid restitui debeat, quo modo, quo loco, quo tempore, et quibus condictionibus mutuum restituatur.

Sectio I.

Quibus, et adversus quos mutui repetitio competat.

SUMMARIA.

Condictio certi ad repetendum mutuum competit mutuanti, ejusque haeredibus. Quid si nummi alieni mutuo dati sint? §. 899.

Nummis alienis absque domini voluntate mutuo datis, obligatio, et condictio non nascitur, nisi iis consumptis. §. 900.

Pactum mutuo adjectum, quod leges improbant, mutui contractum se ipso absolutum non destruit. §. 901.

Mutuatarii singuli pro sua tantum parte conveniuntur, si plures sint, quamvis pecunia uni tantum numerata fuerit. §. 902.

Haeredes mutuatarii ad mutuum restituendum pro haereditaria tantummodo parte conveniri possunt. §. 903.

Quid si testator caverit, ut mutuans totam sortem ab uno haerede petat? §. 904.

Pactum a mutante cum mutuatario initum, ut unus ex mutuatarii haeredibus integram sortem solvat caeteris cohaeredibus prodesse videtur. §. 905., et 906.

An recipi debeat distinctio inter stipulationes dandi, et stipulationes faciendi; ita ut priores uni haeredi prosint, posteriores omnibus? §. 907.

§ 899.

Certi condictio ad mutuum repetendum competit mutuanti, atque ejus haeredibus, si modo pecuniae dominus fuerit (1), aut nummos alienos suo nomine, atque ex domini voluntate numeraverit mutuatario: quod si Titius nummos suos Sempronii absentis, atque ignorantis nomine mutuos dederit, velut ejusdem Sempronii, placuit, Sempronio adquiri condictionem (2): potiori ratione, si pecunia Titii ex Sempronii voluntate alicui credatur, prout saepe fit (3).

(1) *L. Certi condictio* 9. §. *Numeravi* 4., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 9. §. *Si nummos* 8. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 9. §. 8. *prop. fin.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 900.

Singulis pro parte sua actio ad mutuam pecuniam repetendam competit, si plures dederint (1); quia res haec divisionem recipit: nisi forte convenerit, ut singuli creditores in solidum agere possint: quo casu, ait Voet, praeventioni locus foret (2). Si vero mutuum inutiliter datum sit, puta quia nummi sint alieni, vel alia quaecumque ratione, nonnisi illis consumptis, obligatio, et condictio nascitur (3).

(1) *L. Nam et si fur.* 13. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 15. *in med.*

(3) *D. l. Nam et si fur* 13. *in princip. ff. hoc tit.*, *l. Quamvis* 2. *cod. Si cert. petat.* (4. 2.)

§. 901.

Non tamen inutile fit mutuum, ita ut repetitio mutuanti denegetur, quamvis forte adjectum sit pactum, quod leges non probent; utile per inutile, a quo separari potest, destrui non debet (2). Hinc, si quis suo nomine decem Titio mutuos dederit, eosque Sempronii reddi stipulatus sit: licet stipulatio haec non subsistat, mutuans tamen condictionem habet, ut decem recipiat: quasi duo sint contractus, ait Ulpianus, quorum unus re, seu numeratione; alter verbis initur; prior, posteriore corruente, cui necessario non cohaeret, vim suam retinet (2); atque idem dicendum, si numerationi impossibilis conditio adjecta fuerit: detracta conditione, remanet contractus re absolutus, qui certi condictionem parit (3).

(1) *L. placuit.* 29. *ff. de usur.* (22. 1.), *l.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(2) *L. Certi condictio* 9. §. *Numeravi* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 9. §. *Item quaeri* 6.

§. 902.

Conveniuntur mutui actione, seu condictione mutuatarius, ejusque haeredes (1): si plures mutuam pecuniam acceperint, singuli pro sua tantum parte tenentur, licet pecunia uni tantum numerata fuerit (2); ita ut, qui integram solvit, partem ab altero reo repetere possit (3): nisi forte singuli se in solidum obligaverint (4); etenim pecunia in dubio praesumitur ad singulos pro parte virili pervenisse (5).

(1) *L.* 1., *l. Non adversus* 15. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si non singuli* 5., *l. Si in rem communem* 12. *cod. hoc tit.*

(3) *D. l.* 12. *cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 5., *et d. l.* 12. *cod. hoc tit.*

(5) *L. Reos* 11. §. 1. *ff. de duob. reis* (45. 2.), *Fab. cod. de probation. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 21.

§. 903.

Quod de divisione obligationis inter plures mutuatarios modo diximus, idem obtinet in pluribus ejusdem mutuatarii haeredibus; quippequi non in solidum, sed pro parte tantum haereditaria tenentur, licet unus majus ex defuncti bonis per praelegata emolumentum consequatur (1): atque ita ferunt generalis juris regulae (2), a quibus in mutuo nec recessum est, neque recedendum fuit.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Pro haereditariis* 2., *et passim cod. de haereditat. actionib.* (4 16.)

§. 904.

Quinimmo neque mutuatarius cum mutuante pacisci potest, ut unus ex suis haeredibus integram pecuniam mutuo datam solvat (1): quamquam ita cavere testamento potest (2): quo tamen casu secundum Romani juris principia creditor adversus haeredes omnes, pro qua parte haeredes sunt, agere debet; cohaeredes vero ab aere alieno, testatoris dispositione, liberati regressum habituri sunt adversus eum, quem

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

solum testator oneravit (3). Sane testatori non licet creditoria duriorem efficere conditionem, atque impedire, ne plures habeat, contra quos de jure suo experiatur: sed, si adversus eum dumtaxat agere malit, qui ex judicio testatoris in solidum tenetur, repellendus non est, potissimum si cohaeredes, quorum maxime interest, consentiant, atque ita fieri postulent, ut ita circuitus inanes vitentur (4).

(1) *L. Eum, qui ita* 56. §. 1. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(2) *L. Servo legata* 69. §. *Si testator* 2. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(3) *D. l.* 69. §. 2. *ff. de leg.* 1.

(4) *D. l.* 69. §. 2., *junct. l. Dominus testamento* 53. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

§. 905.

Disputant interpretes, an prorsus inutile sit pactum, quo inter mutuantem, et mutuatarium convenerit, ut unus ex mutuatarii haeredibus integram pecuniae mutuo datae summam restituat, an eo tantum sensu, ut, pacto non obstante, creditori liceat, omnes cohaeredes mutuatarii pro haereditaria parte convenire, regressu tamen caeteris cohaeredibus dato adversus eum, qui ex pacto solidum praestare debet. Si quaestio haec ex Juliani textu definiatur, dicendum est, nullam prorsus vim huic pacto inesse, nec cohaeredes solventes regressum habituros esse adversus cohaeredem, qui ex pacto integram summam solvere debent; ait enim jureconsultus, inutile pactum esse cohaeredibus (1).

(1) *D. l. Eum, qui ita* 56. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 906.

Celsus tamen aliam videtur tradere sententiam; etenim expendens casum, quo avus neptis, quam ex filio habebat, nomine dotem promiserat; tum pactus erat, ne a se, neve a filio dos peteretur, ipsum quidem filium pacti exceptione tuendum asserit, non vero cohaeredem (1); atque rationem subjicit; quippe haeredi consuli concessum est: nec quidquam obstat, uni tantum ex haeredibus providere, si haeres factus sit, caeteris autem non consuli (2). Hic sane agitur de liberatione uni ex haeredibus pacto quaesita; prout in specie Juliani (§. praeced.); eamque ratam habendam esse apertissimis verbis sentit Celsus. Sententia haec magis convenit aequitati.

(1) *L. Avus neptis* 33. *ff. de pactis* (2. 14.)

(2) *D. l.* 33. *prop. fin.*

§. 907.

Non desunt utique, qui cum Venulejo distinguunt inter stipulationes dandi, et stipulationes faciendi, ita ut priores uni haeredi prosint, posteriores omnibus (1): verum tum Julianus (2), tum Celsus (3), de stipulatione dandi, seu quod idem est, non dandi agunt: adeoque non alia ratione dissensum conciliari posse quidam putant, praeterquam si dicatur, Julianum respondisse secundum severitatem juris XII. tabularum, ex quo haereditariae actiones ipso jure, atque sine hominis facto inter omnes cohaeredes distribuuntur (4), Celsum vero ad aequitatem potius respexisse.

(1) *L. Continuus actus* 137. §. *ult. ff. verbor. oblig.* (45. 1.)

(2) *D. l. Eum, qui ita* 56. §. 1. *ff. eod. tit.*

(3) *D. l. Avus neptis* 33. *ff. de pact.* (2. 14.)

(4) *D. l. Pro haereditariis* 2., *l. ult. cod. de haereditar. action.* (4. 16.), *l.* 1. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

Sectio II.

Quid per mutui condictionem petatur, et restituendum sit.

SUMMARIA.

Mutui actione petitur, ut tantumdem restituatur, quantum datum est, quamvis expresse ab initio ita conventum non sit. §. 908.

Obligatio re contrahi ex Romanorum prudentum sententia non potest, nisi quatenus datum est. §. 909.

Cur senserint jureconsulti, valere pactum mutuo adjectum, ut minus restituatur, non vero, ut plus, quam datum est? §. 910., *et* 911.

Usu fori valere potest pactum, ut plus restituatur in mutuo, quam datum fuit, dummodo nihil fiat in fraudem legitimarum usurarum. §. 912.

Mutuum non evertitur, licet contrahentes ab initio convenerint, ut aliud pro alio restituatur. §. 913.

In nummis non tam corpora, quam corporum aestimatio inspicitur. §. 914.

Mutuatarius pro arbitrio potest nummis alterius speciei restituere, quam quos mutuos accepit, dummodo aeque probi sint, atque ejusdem valoris. §. 915.

Mutuantem inter, et mutuatarium conveniri potest, ut nummi ejusdem omnino generis restituantur. Quid si mutuans, alterius speciei nummis restitutis, damnum passurus sit? §. 916.

Quid si moneta publica auctoritate fuerit immutata? §. 917.

§. 908.

Mutui actione, seu condictione generatim petitur, ut tantumdem restituatur, seu res ejusdem generis, et bonitatis, nec non eadem quantitas, licet de his mutui tempore expresse conventum non sit; ut enim eleganter ait Pomponius, *in contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit* (1): ita sane fert contractus mutui indoles, a qua contrahentes deflexisse non praesumuntur, nisi id evidenter expressum sit.

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 909.

Quid ergo, si convenerit, ut minus, vel amplius restituatur, quam mutuo datum est? Placuit Romanis jureconsultis, ratum esse pactum, quo is, qui decem mutuo accepit, spondet se novem dumtaxat restituturum (1): inutile vero, quo plus se restituturum promittit mutuatarius, quam accepit, veluti undecim pro decem (2). Quo autem fundamento haec juris diversitas nitatur, si quis inquirat, respondet Paulus, obligationem re contrahi non posse, nisi quatenus datum est (3); cui consentiunt Imperatores Diocletianus, et Maximianus (4).

(1) *L. Rogasti* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Si tibi decem* 17. *in princip. ff. de pactis* (2. 14.)

(3) *D. l.* 17. *ff. de pact.*

(4) *L. Cum ultra* 9. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

§. 910.

Cur vero liceat pacisci, ut minus reddatur, nulla affertur ratio (1); cum tamen, si ad naturam mutui respiciamus, eadem postulet, ne minus, vel amplius restituatur, quam datum fuit, sed tantumdem (2). Sunt, qni putant, discrimen inde repetendum, quod proniores sint leges ad liberandum, quam ad obligandum (3): maxime quia timendum est, ne mutuatarius, qui pecunia indiget, vel invitus cogatur spondere, se

Inst. l. 3. amplius restituturum, quam accepit: quod periculum non imminet ex pacto, ut minus
tit. 15. ff. l. 12. restituatur, quodque ideo probatum fuit (4).
tit. 1. (1) *D. l. Rogasti* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*
Cod. l. 4. tit. 2. (2) *D. l. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligation., et actionib.* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(4) *D. l.* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*, *d. l. Si tibi decem* 17. *in princip. ff. de pactis* (2. 14.)

§. 911.

Placet aliis, ideo reprobari pactum, ut plus restituatur, quia secundum Romani juris principia ex pactis non nascitur actio (1), nisi incontinenti adjecta fuerint contractibus bonae fidei (2); cum tamen mutuum stricti juris sit (§. 835): quo etiam fundamento, inquiunt, usuras funebris pecuniae ex pacto apud Romanos peti non posse, sed requiri stipulationem (3).

(1) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed cum nulla* 4. *ff. de pactis* (2. 14.)

(2) *D. l.* 7. §. *Quinimmo interdum* 5.

(3) *L. Quamvis usurae* 3. *cod. de usur.* (4. 32.)

§. 912.

Hodie tamen, ait Voet post alios, quemadmodum ex alia quavis nuda conventione, ita ex pacto, quod mutuo adjiciatur, agi potest ad usuras, aut ad undecim, cum decem dati essent, dummodo nihil in fraudem legitimarum usurarum fiat (1). Actionem ex nudo pacto fori usu nasci, posthabitis stipulationis ambagibus, et nos supra diximus (§. 782.): an vero, et quousque liceat de usuris pacisci, inferius suo loco expendemus.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de reb. credit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 18. *fer. in fin.*

§ 913.

Restituitur in mutuo eadem res, seu ejusdem generis res, quae data fuit, atque ejusdem bonitatis: hinc non licet oleum pro vino restituere, pecuniam pro frumento (1), aurum signatum pro auri massa (2); alioquin potius permutatio, vel emptio, et venditio erit (§. 831.); saltem si ab initio ita convenerit: neque licet deteriorem rem, licet ejusdem generis sit, reddere (3), ne laedatur aequalitas, quae in omnibus contractibus servanda est (§. 832.): quamquam, si mutuans, et mutuatarius sponte velint, nihil impedit, quominus aliud pro alio solvatur (§. 834.)

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Cum autem* 19. *ff. de aur., et argent. legat.* (34. 2.)

(3) *D. l.* 3. *in fin.*

§. 914.

Hinc placuit, valere conventionem, ut pecunia credita, in una nummorum specie, in alia restituatur; ita ut nec allegari possit laesio ad obtinendam restitutionem in integrum (1); etenim in nummis non tam corpora, quam corporum aestimatio inspicitur (2). Proinde nihil interest, utrum reddantur nummi meliores, an deteriores, aurei pro argenteis, aenei pro aureis, dummodo eadem quantitas, seu aestimatio restituatur; cum haec non ad substantialia, sed ad naturalia mutui spectent (3), quae pro contrahentium arbitrio possunt immutari (§. 823.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. si cert. petat. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1. *in princip.*

(2) *L.* 1. *in fin. princ. ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(3) *D. l. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc tit.*, *ubi ait jureconsultus*, *aliud pro alio invito creditore solvi non posse: eo igitur consentiente potest.*

§. 915.

Quinimmo passim tradunt interpretes, et pragmatici, atque usu receptum est apud omnes fere gentes, ut pro arbitrio possit mutuatarius alterius speciei nummos resti-

tuere, quam quos mutuos accepit, dummodo aeque probi sint, atque ejusdem valoris (1), nec nummi minutissimi pro aureis, vel argenteis cum gravi creditoris incommodo solvantur (2); quia, ut modo diximus (§ praeced.), in nummis aestimatio potius spectatur, quam corpus, vel materia, ex qua constant: *etiam aureos nummos aes dicimus*, ait Ulpianus (3): atque ideo valet stipulatio, si stipulanti denarios ejusdem quantitatis aurei promittantur (4). Haec autem jurisprudentia potissimum obtinet, si nummi aurei, vel argentei aestimati dati fuerint, nisi aestimatio eo fine facta sit, ut de nummorum valore certo constet, licet in specie restitui debeant (5).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 37., *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 23.

(2) *Fab. d. definit.* 37. *num.* 6., *et seqq. in corp.*

(3) *L. Etiam aureos* 159. *ff. de verb. significat.* (50. 16.)

(4) *L. Quae extrinsecus* 65. §. 1. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(5) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 37. *num.* 4., *et* 5. *in corp.*

§. 916.

Exceptio huic regulae admittenda est in duplici casu. Imprimis si inter creditorem, et debitorem conventum fuerit, ut ejusdem omnino generis nummi restituantur; aurei pro aureis, argentei pro argenteis, atque ejusdem omnino qualitatis; cum enim conventio haec licita sit, immo naturae mutui plane consentanea (1), omnino servari debet (2): nisi forte eo tempore, quo restitutio fit, hujus qualitatis nummi haberi nequeant, mutata Principis auctoritate pecuniae forma. Altera exceptio locum habet, cum mutuans damnum passurus esset, si alterius qualitatis nummi restituerentur (3): an vero mutuatarius, si ejusdem formae nummi non inveniantur, damnum reficere cogatur, infra expendemus.

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princip. ff. de pactis* (2. 14.), *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 37. *num.* 1. *in corp.*

(3) *L. Debitorem* 99. *ff. de solutionib.* (46. 3.), *ubi pro* debitorem *docent interpretes, legendum esse creditorem, prout etiam legitur in antiquis exemplaribus: quamquam retineri potest vulgaris lectio: atque textus intelligi de eo, cui quis pecuniam daturum se promiserit.*

§. 917.

Si moneta immutationem publica auctoritate passa non sit, res fere extra disputationem posita est: sed gravissimis difficultatibus involuta, cum talis mutatio intervenit, atque dubitatur, utrum debitori, vel creditori noceat, sive mutata proponatur intrinseca pecuniae qualitas, sive forma tantum extrinseca, aliis alia sentientibus, et diversa opinantibus. Quae certiora sunt, atque usu passim comprobata trademus; quibusdam tamen praemissis, ut quaestionum status facilius percipiatur, earumque solutioni facilior aperiatur via.

Appendix.

De monetae augmento, vel decremento.

SUMMARIA.

Moneta vel ita mutatur, ut alia species cudatur, vel ita, ut alia sit ejus aestimatio. Monetae valor extrinsecus est, vel intrinsecus. §. 918.

Moneta intrinsecus mutari dicitur, cum augetur, vel minuitur nummorum pondus, vel materia alteratur. §. 919.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

Extrinseca monetae immutatio contingit, cum publica auctoritate major, vel minor constituitur illius aestimatio. §. 920.

Moneta imaginaria quae dicatur? §. 921.

Cur interdum expediat, monetae aestimationem mutari? §. 922.

Debitor, monetae antiquae specie immutata, non tamen reprobata, pro arbitrio potest solvere ex antiqua, vel ex nova ad valorem antiquae. §. 923.

Quid si antiqua moneta reprobata fuerit, vel amplius non inveniatur? §. 924, *et* 925.

Monetae immutatio intrinseca, vel extrinseca generatim cedit damno, et lucro debitoris, si eadem monetae species adhuc cudatur. §. 926.

Monetae valor non ex materia, sed ex publica aestimatione consideratur. §. 927.

Creditor ex monetae valore immutato damnum sentire non debet. §. 928.

Quid si creditor perperam differat solutionem post definitum tempus accipere? §. 929.

Debitor in mora solvendi positus solvere tenetur nummorum aestimationem, quam habebant tempore interpellationis. §. 930.

Monetae immutatio secuta post solutam partem debiti pro hac parte neque nocet, neque prodest. §. 931.

Mutuantem inter, et mutuatarium convenire licet, ut solutio fiat ex moneta ejusdem qualitatis, nulla augmenti, vel decrementi ratione habita. Quid si id unum actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore? §. 932.

Legatum nummorum solvi debet in valore, quem nummi habebant tempore testamenti, sive creverit, sive post testamentum imminutus sit. §. 933.

Contractus sive puri, sive conditionalis tempus spectatur in monetae aestimatione. §. 934.

Quid si certae monetae valor in contractu, taxationis, non simplicis demonstrationis caussa, expressus fuerit? §. 935.

Monetae augmentum debetur creditori, si ex instrumento constet, mutuum in certa specie monetae aureae, vel argenteae datum fuisse, quamvis restitutio in eadem specie promissa non sit. §. 936.

Specierum enumeratio eo consilio facta praesumitur, ut creditor monetae augmentum lucretur. §. 937.

Quid si non ex istrumento, sed aliunde constet, in qua nummorum specie mutuum datum sit? §. 938.

Monetae augmentum creditori mutuanti debetur, si mutuo dati sint tot aurei in auro, atque promissa restitutio in tot aureis boni ponderis, et lighae. §. 939.

Quid si moneta aurea, vel argentea mutuo data sit, sed simul demonstratus illius valor ex moneta minuta, prout contractus tempore in usu erat? §. 940.

Solutio in tot aureis, vel minutis nummis, habita ratione valoris aureorum tempore contractus, fieri debet, si aurei mutuo dati, atque ex nummis aestimati augmentum receperint. §. 941.

Quid si aureorum valor ex moneta minuta definitus sit, sed generatim, non inspecto tempore contractus? §. 942.

Quid si moneta minuta, ex cujus comparatione aurei aestimati fuerunt, vere non existat, sed communi usu fingatur? §. 943.

Quid si creverit moneta minuta, ex qua aurei aestimati fuerunt? §. 944.

Monetae augmentum non debetur creditori, si contractus usurarius sit: nisi debitor sit in mora solvendi. §. 945.

Debitor, qui inducias ad solvendum a Principe obtinuit, monetae augmentum interea contingens creditori praestare debet. §. 946.

Augmentum monetae non debetur creditori, si praeter stipulationem aureorum in tot florenis factam convenerit, ut solutio fiat in moneta, quae in usu sit tempore solutionis. §. 947., *et* 948.

Aestimatio aureorum ad valorem monetae imaginariae in dubio non praesumitur facta taxative, sed demonstrative. §. 949.

Monetae augmentum debetur in vectigalibus, quae perpetuo, vel per longissimum tempus alicubi solvuntur vassallis. §. 950.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. . Cod. l. 4. tit. 2.

Quid si consuetudo legitime inducta sit, ut solutio fiat ex moneta, quae diversis temporibus solutionum in usu sit? §. 951.

Augmentum monetae consuetudine non obstante in vectigalibus debetur, si ab ea plures annos recessum fuerit. §. 952.

In censibus, seu pensionibus annuis monetae augmentum debetur: nisi consuetudine, vel praescriptione aliter inductum sit. §. 953., *et* 954.

Monetae augmentum tum in emphyteusi, tum in censibus debetur creditori etiam pro sorte, dummodo constet de origine obligationis. §. 955.

Lites dirimere decet, sed sine alterius dispendio. §. 956.

Usurarum, et similium accessionum monetale augmentum non debetur, ne a tempore quidem taxationis. §. 957.

Valor pecuniae debitae potius aestimatur ex communi usu commerciorum, quam ex Principis edicto, si Princeps abusum patiatur. §. 958.

Quid si in communi hominum usu pecuniae aestimatio eadem non sit? §. 959.

Qui prosimit, se nummos soluturum ad communem valorem, de eo potius sensisse videtur, qui usu commerciorum probatus est. §. 960.

Quid si monetae abusus publica Principis, vel supremorum Magistratuum auctoritate condemnatus fuerit? §. 961.

Aestimatio nummorum, cum moneta augmentum, vel decrementum accepit, viris probis, rem hanc tractare solitis, plerumque committitur. §. 962.

Monetae valor potius definiri debet ex loco solutionis, quam ex loco contractus. §. 963., *et* 964.

Quid si aestimatio monetae non debitoris gratia, sed creditoris facta sit? §. 965.

Contraxisse quis videtur in loco, in quo indebitum exegit. §. 966.

Quid de impensis litis motae sive coram primo judice, sive in judicio appellationis? §. 967.

Monetae augmentum non debetur creditori, qui semel probaverit restitutionem sibi factam in moneta viliore, nisi de jure suo conservando protestatus sit. §. 968.

Augmentum monetae creditori in annuis praestationibus non debetur, si moneta immodice creverit: sed res ad aequitatem reducitur. §. 969.

Monetae augmentum vulgo aestimatur ex comparatione aurei nummi. §. 970., *et* 971.

Quid si nummi aurei aestimatio creverit, quia rudis auri valor in commercio auentum recipit? §. 972.

§. 918.

Mutari potest moneta duplici modo; vel ita, ut alia diversa species monetae cudatur: veluti ducatoni pro scutis; vel ita, ut eadem manente specie monetae illius tantum valor alius sit. Cum alia monetae species sit, vel antiqua omnino reprobatur, ita ut amplius in usu non sit, vel in usu esse pergit, saltem per aliquod temporis spatium: cum autem valor monetae extrinsecus sit, vel intrinsecus, idcirco mutatio alia quoque intrinseca, alia extrinseca nominatur. Intrinsecus valor aestimatur ex materia, qua nummi constant, extrinsecus pendet a Principis voluntate.

§. 919.

Ergo intrinsece mutatur pecunia, seu moneta, cum nummorum pondus augetur, vel minuitur, manente eadem materiae qualitate: aut relicto eodem pondere, mutatur, seu alteratur, ut ajunt, materia: veluti si ex auro, vel argento inferioris aestimationis

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

nummi fiant; aut misceantur auro, vel argento aliae materiae, puta aes, majori, vel minori qoantitate, quam antea.

§. 920.

Mutatio extrinseca pecuniae tunc contingit, cum, manente eadem omnino materia, eodemque pondere, seu eadem materiae quantitate, major tamen, vel minor ipsi valor publica auctoritate constituitur: veluti si scuta argentea, quae prius libris, aut florenis octo aestimabantur, deinceps novem, vel septem aestimentur, non tamen aucto, nec imminuto eorum pondere, nec materia ullatenus immutata.

§. 921.

Porro, ut valor nummorum diversi generis, quorum alii ex auro, alii ex argento, vel aere, vel ex pluribus metallis simul junctis cuduntur, certo figi possit, necesse est, ut quaedam sit in loco monetae species verae, vel imaginariae, ut ajunt, seu quae revera non existit, sed adesse fingitur, ut ad illius normam valor caeterorum exigatur: porro *imaginaria* moneta diversa est apud diversos populos, puta apud nos hodie libra est, quae ex solidis viginti constat, solidus ex denariis duodecim; apud Gallos etiam libra, vel *francus:* in Germania, aliisque locis florenus.

§. 922.

Licet autem monetae valor ita figatur, ut perpetuus sit, quandoque tamen rerum adjuncta postulant, ut immutetur, nimirum vel augeatur, vel minuatur, vel etiam alia nummorum species excudatur: puta si pretium rudis auri, vel argenti augmentum, vel decrementum acceperit: prout facile contingit in ditionibus, in quibus reperiuntur auri, et argenti fodinae, vel ex longinquis regionibus metallorum hujusce generis certa fere quantitas quotannis exportatur: plerumque in regnis, atque rebus publicis bene constitutis monetae extrinsecus valor ita praefinitur, ut intrinsecae aestimationi materiae fere respondeat, deductis utique impensis ad monetam efformandam necessariis, et leviore emolumento in signum majestatis. Atque hinc reprobantur plerumque, vel publica aestimatio minuitur nummorum, quorum intrinsecus valor ab extrinseco nimium distat (1).

(1) *L. Creditor oblatam* 102. *ff. de solutionibus* (46. 3.)

§. 923.

Hisce praemissis, dicimus, mutata antiquae monetae specie, non tamen statim reprobata, debitorem pro arbitrio solvere posse vel ex antiqua, vel ex nova ad valorem antiquae, cum per utrumque creditoris indemnitati satis cautum sit: praeterquamquod in nummis aestimatio potius spectatur, quam corpus, aut forma (§. 915.): atque ideo debitori electio permitti debet (1), ut tanto minus gravetur (2), quantum fieri potest, sine creditoris dispendio: nisi forte aliter conventum sit (§. 916.)

(1) *Argum.* §. *Si quis agens* 33. *versic. Huic autem instit. de actionib.* (4. 6.), *l. Ubi autem* 75. §. *Quid illud* 8. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligationibus, et actionibus* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verbor. obligat.*

§. 924.

Mutata vero antiqua, et simul reprobata moneta, solutio omnino facienda est ex moneta proba, et expendibili, ut ajunt, seu quae in usu sit, inspecto etiam valore monetae antiquae (1): atque idem dicendum, si antiqua quidem moneta non fuerit reprobata, sed amplius non inveniatur, prout contingere potest lapsu temporis potissimum in monetis aureis, vel argenteis, quorum intrinsecus valor extrinsecum excedat.

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 1. *num.* 59. ✠

§. 925.

Quod modo diximus, reprobata vetere moneta, solutionem fieri debere ex nova, ratione habita antiquae monetae (§. praeced.), verum est, si eadem monetae species amplius non extet: puta si scuta aurea, vel argentea, quae prius in usu erant, amplius

non cudantur; atque veterum usus prohibitus sit: quo casu eorum aestimatio restitui debet, habita ratione monetae imaginariae, de qua superius diximus (§. 921.) Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 12. tit. 1 Cod l. 4. tit. 2

§. 926.

Quod si eadem monetae species adhuc publica auctoritate excudatur, sed mutata intrinseca, vel extrinseca illius aestimatione; quia major aeris portio argenteae monetae misceatur; vel scutorum valor, eadem retenta materiae qualitate, augeatur, vel minuatur, puta scuta, quae prius libras quinque valebant, postmodum quatuor, vel sex aestimentur (1), generalis regulae instar plerique statuunt, tum intrinsecam, tum extrinsecam nummorum mutationem cedere damno, et lucro debitoris, seu mutuatarii; ita ut debitor, publice aucto nummorum valore, pauciores reddendo liberetur; imminuto plurea pro rata restituere teneatur (2): nisi aliter contrahentibus placuerit, vel usu inductum sit. Sane creditorem non esse cogendum, ut in aliam formam nummos accipiat, si inde damnum aliquod passurus sit, Paulus aperte censuit (3).

(1) *V. de diversa nummorum apud nos olim aestimatione. Sola pag. mihi* 568.

(2) *Thesaur. de augment. monet. part.* 1. *num.* 68., *et* 69 ✠. *Voet in Pandect. hoc tit. de rebus credit. lib.* 12. *tit* 1. *num.* 24. *fere in med., post alios quamplures.*

(3) *L. Debitorem* 99. *ff. de solutionibus* (46. 3.) *V. supra* §. 916. *allegat.* 3.

§. 927.

Conclusio haec nititur principiis superius positis; ex quibus constat. monetae valorem non ex materia, ejusque bonitate, seu qualitate definiri, sed ex publica aestimatione, seu valore, juxta quem publice impenduntur (§. 915.): proinde debitor, qui indemnem servare tenetur creditorem, a quo mutuum accepit, liberatur pauciores, qui eamdem utilitatem in commercio praestant, restituendo, si imminutus sit intrinsece, vel extrinsece ipsorum valor: supplere vero tenetur, si valor imminutus fuerit, ne creditor damnum sentiat (1).

(1) *D. l. Debitorem* 99. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 928.

Amplius etiam placuit Scevolae, immutationem pecuniae, per quam deterior facta sit, non nocere creditori, etiamsi oblatam a debitore pecuniam recipere distulerit in alium diem (1): atque Scevolae sententiam olim amplexus est Senatus noster (2): quam et extendendam putat Thesaurus ad eum casum, quo inter contrahentes convenerit, ut solutio fieret ex moneta, quae tempore solutionis in usu esset (3); quia solutio vere non fit; nisi cum, debitore offerente, creditor pecuniam accipit.

(1) *L. Creditor oblatam* 102. *ff. de solutionibus* (46. 3.)

(2) *Thesaur. de augment. monet. part.* 1. *num.* 50. ✠

(3) *Thesaur. ibid. d. num.* 50.

§. 929.

Excipiendus tamen est casus, quo creditor moras nectat (1), eo fortassis consilio, ut commodum ex dilata solutione percipiat; cum tamen dies solutionis advenerit; etenim in hoc casu debitor creditorem cogere potest, ne oblatam debiti satisfactionem differat: proinde aequum non est, creditoris moram debitori nocere (2): praeterquamquod obsignatione pecuniae debitae, legitimo tempore, et modo facta, plena liberatio contingit (3).

(1) *Voet in Pandect. de reb. credit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 24. *prop. fin.*

(2) *L. Mora* 88. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.), *l. Hominem certum* 37. *in fin. ff. mandat.* (17. 1.), *l. illud sciendum* 17. *ff. de pericul., et commod. rei vendit.* (18. 6.)

(3) *L. Tutor. condemnatus* 41. §. 1. *ff. de usuris* (22. 1.), *l. Obsignatione* 9. *cod. de solutionib.* (8. 43.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 930.

Idem odio debitoris dicendum, qui in mora solvendi positus sit: saltem si creditor eum ad solutionem urserit, atque litem contestatus sit; ideoque, si, pendente lite, vel potiori ratione post condemnationem, valor nummorum extrinsecus publica auctoritate auctus fuerit, debitor nummos sive aureos, sive argenteos solvere tenetur, habita ratione valoris, qui tempore litis contestatae, vel latae sententiae vigebat; atque ita creditor ex monetae augmento lucrum percipiet, non debitor; cui moram suam prodesse aequum non est (1): immo longe aequius, ut creditor ex sua diligentia emolumentum ferat (2).

(1) *D. l. Hominem certum* 37. *in fin. ff.* (17. 1.), *d. l. Illud. sciendum* 17. *ff. de mondati peric., et commod. rei vendit.* (18. 6.)

(2) *L. Non enim* 16. *ff. ex quibus causs. in integr. restit.* (4. 6.)

§. 931.

Si tamen debiti portio jam soluta sit, imminutio monetae, quae medio tempore supervenerit, nec nocet, nec prodest pro parte soluta creditori, aut debitori (1); cum enim per solutionem extinguatur debitum, perinde ac si nunquam extitisset (2), ex mutatione superveniente nec augmentum, nec decrementum recipere potest; cum non entium ex trito axiomate nullae sint qualitates (3).

(1) *Fab. cod. de solution. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 25. *num.* 2. *in corp.*

(2) *L. penult. ff. eod. tit. de solution.* (46. 3.)

(3) *L. Ejus, qui in provincia* 41. *ff. hoc tit.*

§. 932.

Excepimus a generali regula imprimis casum, quo convenerit inter mutuantem, et mutuatarium, ut solutio fieri debeat ex moneta ejusdem qualitatis, nulla habita ratione augmenti, vel decrementi (§. 926.), puta ex centum aureis, quot mutuo dati fuerunt: in hoc quippe casu neque plures, etiamsi decreverit eorum valor sive intrinsecus, sive extrinsecus, neque pauciores, etiamsi auctus sit, restitui debent (1); quia in hoc casu potius respexerunt contrahentes ad corpora ipsa, quam ad eorum aestimationem (2): quod extendendum sentit Voet ad eum casum, quo simpliciter id actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore; hac motus ratione, quod valor ille pacto expressus judicari debeat potius ad excludendum valorem, vulgi usu, praeter, et contra publicas leges auctum, vel deminutum (3).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 1. *num.* 83. ✠, *et part.* 2. *num.* 16. ✠, *et decis.* 174. *num.* 5., *et* 6. ✠, *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 24. *prop. fin*

(2) *Argum. l. Sed, si certos* 51. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(3) *Voet. in Pandect. hoc tit. d. num.* 24. *in fin.*

§. 933.

Eadem regula, ut obiter dicamus, servatur in legato; nempe legatum nummorum solvitur in valore, quem nummi legati habebant tempore testamenti, sive ille creverit, sive post testamentum imminutus sit (1); ut enim scite animadvertit Faber, prudens testator ex patrimonii viribus legandi modum sumere solet, et debet; atque futurae mutationis ignarus videri non potest cogitasse de alia moneta, quam de ea, quae in usu, et commercio est, cum legat (2), licet legatum non nisi a die mortis deberi incipiat (3); atque non nisi post aditam haereditatem solvatur, cum antea nemo sit, qui solvat (4). Nisi forte testator demonstraverit tempus mortis in hoc legato inspiciendum esse (5), prout aliquando contingit (6): quod si non appareat, de quibus nummis senserit, testator, exiguiores legati praesumuntur (7).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 15. *in princip., et definit.* 4.

(2) *Fab. d. definit.* 15. *num.* 1. *in corp.*

(3) *L. Unic. §. In novissimo* 5. *cod. de caduc. tollend.* (6. 51.)

(4) *L. Si nemo* 9. *ff. de testamentar. tutel.* (26. 2.) Inst. l. 3. tit. 15.
(5) *Fab. d. definit.* 15. *num.* 4. *in corp.* ff. l. 12. tit. 1.
(6) *L. ultim.* §. 1. *ff. de legat.* 2. (31. 1.) Cod. l. 4. tit. 2.
(7) *L. Nummis* 75. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 934.

Subjicit Faber, si aliquid ex contractu sive puro, sive conditionali debeatur, ipsum quoque tempus, quo contractom est, spectari oportere in hac re (1), sicut et in aliis fere omuibus (2); etenim contrahentes non censentur cogitasse de futura nummorum motatione, quam nec perspectam habent (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *dict. definit.* 15. *num.* 3. *in corp.*
(2) *L. Continuus actus* 137. §. *Cum quis* 6. *in fin. ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)
(3) *D. l.* 137. §. 6. *in fin.*

§. 935.

Hinc, si extrinsecus nummorum valor fuerit deminutus, ita ut scuta, quae libris quinque expendebantur, cum venditio celebrata est, atqoe venditae rei pretium in tot scutis definitum, quatuor tantum postea valeant, pro venditore respondendum erit, si appareat, demonstrationis caussa potius, quam taxationis, ut ajunt, monetae speciem expressam fuisse; revera autem contrahentes respexisse ad monetam inferiorem, sive veram, sive immaginariam, ad quam scuta exiguntur (§. 921.): alioquin damno afficeretur emptor, aut venditor contra legem conventionis.

§. 936.

Disputat Thesaurus, utrum in eo casu, quo mutuom datum sit in certa specie monetae aoreae, vel argentae, prout constat ex instrumento, licet restitutio in eadem specie promissa non fuerit; vel mutuans stipulatus est, sibi restitui tot aoreos, vel ducatonos, cum tempore contractus aurei valerent florenis decem, ducatoni florenis novem, augmentum debeatur creditori, si aurei deinceps valeant florenis quatuordecim, ducatoni florenis duodecim: atque refert, placuisse Senatui, augmentum creditoris emolumento cedere (1).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 2. *num.* 18. ✠.

§. 937.

Haec autem sententia eo nititur fundamento, quod in primo casu constat de solutione aureorum, tacite convenisse videatur, ut solutio fiat in eadem nummorum specie; atque enumeratio specierum eo consilio facta censeri debeat, ut creditor ipse augmentum monetae consequatur, licet solutio in alia nummorum specie, puta in florenis, fiat; ex quo infert, non posse solvi eandem monetae speciem absque augmento (1).

(1) *Thesaur. de augment. monet. d. part.* 2. *num.* 19.

§. 938.

Subjicit Thesaurus, creditori mutuanti dandum esse augmentum pecuniae, etiamsi non constaret ex instrumento, quae monetae species mutuo tradita sit; dummodo aliunde creditor demonstret nummorum deinceps post mutuum auctorum speciem (1). Excipit optima quidem ratione casum, quo obligatio redacta sit ad speciem monetae minutae, puta florenos (2): sed de hac re infra (3).

(1) *Thesaur. d. num.* 19. *prop. fin.*
(2) *Thesaur. d. num.* 19. *in fin.*
(3) §. 940., *et seqq.*

§. 939.

Facilius recipiendum, quod ait, augmentum monetae deberi creditori mutuanti, si mutuo dati sint tot *aurei in auro*, atque restitutio promissa fuerit in tot aureis boni ponderis, et *lighae* (1); quia certa scutorum auri quantitas posita est in obligatione, adeoque teneatur debitor vel aureos restituere, vel augmentum auri, si malit in alia mo-

Inst. l. 3 tit. 15 ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4 tit. 2.

neta solvere (2): atque ita hodie, subdit Thesaurus, solet judicare Senatus noster, non obstantibus contrariis consiliis, et decisionibus (3).

(1) *Thesaur. de augment. monet. d. part. 2. num. 20.* ✠.

(2) *Thesaur. d. num. 20. in fin.*

(3) *Thesaur. d. num. 20. in fin.*

§. 940.

Difficilior est soluto quaestio, an debeatur monetae augmentum creditori mutuanti, cum aurea, vel argentea moneta posita quidem fuit in obligatione, seu mutuo data, sed fuit praefinitus valor illius ex moneta minuta, prout haec tempore contractus expendebatur: puta si creditor mutuo dederit scuta aurea decem, quae valere dicta sint singula libras quinque, atque has ex viginti solidis constare. Interest autem moneta minuta, juxta quam aureorum aestimatio facta fuit, vere existat, atque in commercio sit, an tantum esse communi usu fingatur: puta floreni, et similes; tum interesse potest, an creverint aurei ipsi, an minuti nummi incrementum acceperint.

§. 941.

Si moneta minuta, ex qua aurei aestimati sunt, vere existat; atque deinceps aureorum valor crescat, ita ut, qui prius decem libris valebat, nunc sit duodecim, censuit Senatus, solutionem faciendam esse in tot aureis: vel, si debitor in libris solvere malit, pro singulis aureis libras duodecim praestari debere (1): ita ut haec aureorum aestimatio id unum debitori praestet, ut solvere possit, vel tot aureos, vel minutos nummos (2); etenim aurei aestimatio eo tantum consilio facta praesumitur, ut demonstraretur valor aurei eo tempore, quo contractus celebratus fuit: adeoque trahi non debet in dispendium creditoris (3): nec justam conquerendi caussam habet debitor, cum possit tot aureos restituendo liberari.

(1) *Thesaur. de augment. monet. part. 2. num. 29.* ✠

(2) *Thesaur. d. num. 29.*

(3) *L. Non omnis 19. ff. hoc tit.*

§. 942.

Aliud dicendum putat Thesaurus, atque placuit Senatui, si valor aureorum definitus sit ex comparatione pecuniae minutae, non tamen habita ratione valoris, qui tempore contractus in usu erat; hoc quippe casu visum est, deberi valorem monetae minutae habita ratione bonitatis tempore contractus (1); cum enim contrahentes generatim expresserint aureae monetae valorem ad minutae comparationem, ea mente esse videntur, ut tempus contractus, non solutionis inspiciatur (2). Idem dicendum, si aestimatio taxative facta sit; quo casu nec plures, nec pauciores floreni restituendi sunt, sive creverit, sive imminutus sit aureorum valor (3).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part. 2. num. 29. prop. fin.* ✠

(2) *Argum. l. Continuus actus 137. §. Cum quis 6. in fin. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *Thesaur. decis. 174. num. 6.* ✠

§. 943.

Pertinent haec ad eum casum, quo aurei aestimati sint ex comparatione pecuniae minutae, quae vere extet: quod si haec tantum ex regionis consuetudine esse fingatur, puta floreni, atque aureus, qui prius florenis octo aestimabatur, decem postea aestimetur, solutio quoque facienda est vel in tot aureis ejusdem speciei, vel in alia moneta vera, ex qua creditor tot florenos consequi possit, quot ex aureis ipsis consequeretur (1); alioquin damnum sentiret creditor contra aequitatem (2).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part. 2. num. 46.* ✠

(2) *L. Debitorem 90 ff. de solution.* (46. 3.), *in qua* creditorem *pro* debitorem *legendum esse superius monuimus §. 916. allegat. 3.*

§. 944.

Quod si creverit minuta moneta, ad cujus comparationem aurei aestimati sunt: puta si floreni, qui prius sex assibus pendebantur, deinceps octo valeant, etiam pro creditore respondendum videtur, ita ut debitor solam habeat electionem, utrum malit, in totidem aureis, vel in alia qualibet moneta solvere, ex qua creditor idem lucrum referat, ac ex aureis, vel florenis; etenim in hoc quoque casu vigent eaedem rationes, quae in aliis speciebus (§. 941., et 943.): adeoque idem jus statui debet (1). Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2

(1) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 945.

Sed plures afferuntur exceptiones huic regulae de augmento monetae creditori tribuendo, favore nimirum debitoris, ne nimium gravetur. Atque imprimis traditur, monetae augmentum non deberi, si pro mutuo solvantur usurae (1), nimirum contractus vere usurarius sit (2); alioquin debitor duplex onus sentiret; augmenti, ejusque usurarum; nec contractus usurarius eodem favore dignus est, ac caeteri; sive pecunia credita sit absque usuris, sive agatur de venditione, aut retrovenditione (3): nisi forte debitor sit in mora solvendi; quo casu sentit Thesaurus, videlicet post moram, deberi tum augmentum monetae, tum augmenti usuras (4); neque enim mora debitoris creditori noxia esse debet (5); aut juste queritur debitor, cum ex mora sua damnum sentiat (6).

(1) *Thesaur. decis.* 174. *num.* 2. ✠

(2) *Thesaur. ibid. in addition littera* A.

(3) *Thesaur. ibid. num.* 3., *et in addition. littera* A.

(4) *Thesaur. d. num.* 3., *et num.* 4. ✠

(5) *L. Mora* 88. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.), *l. Hominem certum* 37. *in fin. ff. mandati* (17. 1.)

(6) *L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 946.

In mora autem etiam positus judicatur debitor, qui inducias a Principe obtinuit, atque ideo non solum ad legitimas usuras, sed etiam ad monetae augmentum favore creditoris teneri, Senatus pronunciavit (1): quia licet ex Principis indulgentia non possit interim cogi, ut solvat; attamen pecuniam mutuo datam retinet contra creditoris voluntatem, et fortassis in creditoris dispendium; quod sufficere visum fuit, ut creditori prae debitore consulatur.

(1) *Thesaur. dict. decis.* 174. *num.* 4. ✠

§. 947.

Si nummis mutuo datis, puta aureis taxative praefixa sit aestimatio, ad florenos, vel libras decem, supra diximus (§. 942.), non deberi augmentum aurei, sed posse debitorem solvere in nummis inferioribus, seu florenis, aut libris decem pro unoquoque aureo, ex praesumpta voluntate contrahentium (1): secus si conventum sit, ut tot aurei in auro restituantur, quot mutuo dati fuerunt, licet aureorum aestimatio ex nummis inferioribus facta sit (2); quia contrahentes potius ad materiam, quam ad aestimationem respexisse videntur (d. §. 932.)

(1) *Thesaur. d. decis.* 174. *num.* 6.

(2) *Thesaur. d. num.* 6.

§. 948.

Sed quid dicendum, si mutuans, et mutuatarius praeter stipulationem factam in tot florenis, adjecerint, ita ut solutio fiat ex moneta, ut ajunt, *currente*, seu quae in usu sit tempore solutionis? Non consentiunt in hac quaestione pragmatici: censuit tamen Senatus, si Thesauro credimus, non deberi augmentum monetae, sed liberari debitorem solvendo tot florenos, quot aurei fuerunt aestimati, licet aurei valor creverit, seu

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

pluribus, quam antea florenis aestimetur (1): dummodo non immodice creverit monetae valor: quo casu res ad aequitatem reduci debet (2), quia verba haec favore debitoris apposita sint, ut ab augmento praestando immunis sit; cum liceat, quin speciali conventione opus sit, solvere in quacumque proba moneta, seu in nova ad valorem antiquae, si antiqua non reperiatur (3): atque idem placuit servandum in caeteris contractibus, etiam qui successionem temporis habent, quoties conventum est, ut tempus solutionis in moneta inspiciatur, seu fiat solutio ex moneta, quae in usu sit solutionis tempore (4).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part. 2. num* 53. ✠

(2) *Argum. l. Cum quidam* 17. *ff. de usur.* (22. 1.), *Thesaur. dec.* 226. *num.* 1.

(3) *Thesaur. d num.* 53.

(4) *Thesaur. d. num.* 53. *in fin.* ✠

§. 949.

Augmentum monetae deberi, si aureorum mutuo datorum valor aestimatus sit ad comparationem monetae imaginariae, relatione habita ad tempus contractus, postquam de aureis mutuo datis mentio facta fuit: ita videlicet: *Titius mutuo dedit Sempronio centum aureos in auro, qui valent florenis mille*, tradit idem Thesaurus, ita ut, si tempore solutionis aurei valeant florenos mille ducentos, totidem solvendi sint (1); nisi debitor malit, et possit totidem aureos restituere; alioquin creditor damnum pateretur, quod non sinit aequitas (2): aestimatio autem non taxative, sed demonstrative facta judicari debet, eo tantum consilio, ut sciretur, quid tunc aurei valerent. An autem, et quatenus debeatur augmentum monetae in pacto redimendi, emptione, et venditione, locatione, contractu censuali, emphyteutico, et similibus, suis locis expendemus (3).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 2. *num.* 54., *et* 55.

(2) *L. Debitorem* 99., *l. Creditor* 102. *ff. de solution.* (46. 3.)

(3) *Interim videri potest Thesaur. de his disputans ibid. num.* 60. *ad num.* 79., *V. et de his tractatum Antonii Solae de pecuniarum, seu monetarum augmento, et diminutione pag. mihi* 515., *et seqq.*

§. 950.

In vectigalibus quoque, seu ut ajunt, gabellis, quae perpetuo, vel per longissimum tempus alicubi solvantur locorum vassallis, agmentum monetae deberi, placuit olim Senatui (1): et merito (2); quia vectigalia haec ex caussa onerosa solvuntur, puta ut vassalli inde, vias, et pontes restaurent: quare aucto nummi aurei valore, nec non operis, et mercede, ne vassalli in damno haereant, aequum est, vectigal, seu vectigalis pecuniam augeri.

(1) *Thesaur. decis.* 214. *num.* 1. *V. et decis.* 226.

(2) *Cap. olim caussam* 20. *extra Decret. Greg. de censib.* (3. 39.)

§. 951.

Excipiendus est casus, uti jam innuimus (§. 926.), quo consuetudo inducta sit, et legitime praescripta saltem per triginta annos (1), exemplo caeterarum actionum (2), ut solutio haec fiat ex moneta, quae in usu est singulis, et diversis temporibus, nulla augmenti, vel decrementi monetae ratione habita (3): nisi forte per longam temporis successionem ita decreverit antiquae monetae valor, ut ad minimum redacta sit; neque enim jus hoc onerosum (§. praeced.) elusorium fieri, sinit aequitas (4).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 2. *num.* 77. ✠

(2) *L. Sicut in rem* 3., *et l. seq. cod. de praescription. XXX, vel. XL annor.* (7. 39.)

(3) *Thesaur. d. decis.* 214. *num.* 3., *et in addition. littera* A.

(4) *Thesaur. dict. decis.* 214. *num.* 3. ✠

§. 952.

Quinimmo, si per plures annos solutum non fuerit, atque ita videatur recessum a consuetudine solvendi juxta mutationem monetae, hujus augmentum vassallis debebitur (1): sublata enim per non usum consuetudinis vi (2), res ad pristinum statum revertitur, potissimum cum aequitas ita suadet.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

(1) *Thesaur. d. dec.* 214. *in fin.* ✠

(2) *L. De quibus caussis* 32. §. 1. *in fin. ff. de legibus* (1. 3.)

§. 953.

Idem dicendum videtur de pensionibus annuis, quae certo pretio constitutae sunt cum perpetua facultate redimendi, quae census nomine donantur; videlicet creditori praestandum esse augmentum monetae, cum hujusmodi pensiones locum teneant usurarum quincuncium, vel quadrantium; alioquin da minimum reduci facile possent (1): aliter tamen, ait Faber, Senatui visum est constituendum, tum ex aequitate; ne in singulos annos novus calculus ineundus sit, quae res magnam litium materiam praeberet (2); tum ex inveterata apud Sabaudos consuetudine, qua inductum, ut hujusmodi pensiones, sicut annuae sunt, ita ex pecunia annua, et quae in singulos annos cuditur, solvantur (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 30. *num.* 1., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. cod. eod. tit. d. def.* 30. *num* 13. *in corp.*

(3) *Fab. d. def.* 30. *num.* 14. *in corp.*

§. 954.

Si ponamus, consuetudinem legitime inductam esse, nemini dubium, quominus solutiones secundum eam fieri possint (§. 951.); alioquin standum est generali regulae, ex qua augmentum monetae creditoris lucro cedit (§. 950.): neque difficultas solutionis, aut calculi sufficiens caussa est, cur creditor grave damnum pati cogatur (1), prout facile contingeret (§. praec.). Quod autem praestat consuetudo, idem efficit praescriptio quadraginta (2), aut saltem triginta annorum (§. 951.), secundum generales juris regulas (3).

(1) *L. Continuus actus* 137. §. *Illud inspiciendum* 4. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(2) *Fab. d. def.* 30. *num* 15. *in corp.*

(3) *D. l. Sicut in rem* 3. *codic. de praescription. XXX., vel XL. annor.* (7. 39).

§. 955.

Porro consuetudo, de qua agit Faber, apud nos nunquam recepta fuit (1): nec in censibus, nec in emphyteusi, nisi alter conventum sit, vel agatur de canone modico, atque in recognitionem dominii praecise convento (2): proinde non tantum pro annuis praestationibus censualibus, sed etiam pro ipsa sorte, si debitor eam restituere velit, monetae augmentum solvendum est (3): si modo constet de origine obligationis; alioquin sufficit solvere ex moneta proba, atque in usu tempore solutionis (4).

(1) *Thesaur. de augment. monet. part.* 2. *num.* 65. ✠

(2) *Thesaur. de augment. monet. d. part.* 2. *num.* 66. ✠, *et decis.* 226. *num.* 4. ✠

(3) *Thesaur. de augment. monet. part.* 2. *num.* 65. *in fin.*

(4) *Cum enim incerta est in sui origine obligatio, nec constat de aestimatione pecuniae certae, nil convenientius statui potest, quam ut ita solvatur.*

§. 956.

Difficilius est, quod subjicit Faber, cessante etiam consuetudine ad publicam utilitatem pertinere, ut Senatus auctoritate id ipsum induceretur, videlicet ut pensiones annuae solvantur ex pecunia, quae singulis annis in usu est, augmenti ratione praetermissa, vitandi incommodi caussa, quod ex litium multiplicitate oritur (1), quas dirimere ad judicis officium pertinet (2); etenim lites utique dirimere decet, sed sine alterius dispendio: atque ideo Senatus Pedemontanus censuit, in vectigalibus deberi augmentum monetae, litium periculo non obstante (§. 950.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

(1) *Fab. cod. de solutionibus lib. 8. tit. 30. def. 30. num 16. in corp.*

(2) *L. Quidam existimaverunt 21. in fin. ff. hoc tit.*

§. 957.

Usurarum, aliarumqne accessionum augmentum monetale nnllum deberi, ne a tempore qnidem taxationis, saepius a Sabaudo Senatu judicatum refert Faber (1); non utique ea ratione, ne detur accessio accessionis, quae nunquam datur (2), cum monetae augmentum pars debiti sit, ct solvi debeat, ne creditor in damno haereat (3); sed ne inextricabilis litium materia praebeatur, si in singula tempora, et pene momenta, quibus usurae deberi incipiunt, spectare oporteret, quis monetarum valor esset (4): atque inde concludit laudatus Faber, solvendum esse in moneta, quae in usu est, cum usurae petuntur, sive melior, sive deterior effecta sit (5). Sententia haec aequitate nititur, non stricta juris ratione.

(1) *Fab. cod. de solution. lib. 8. tit. 30. def. 45. in princ.*

(2) *L. ult. cod. de usur.* (4. 32.)

(3) *L. Creditor 102. ff. de solutionibus* (46. 3.), *Fab. cod. eod. tit. definit.* 30 *num. 1. in corp.*

(4) *Fab. d. def. 45. num. 2. in corp.*

(5) *Fab. d. def. 45. in fin.*

§. 958.

Caeterum non inopportune monet Faber, valorem pecuniae debitae potius aestimandum ex communi usu commerciorum, quam ex edicto Principis, si Princeps abusum perspectum habeat, atque patiatur, nec alias creditoris indemnitati consuli possit (1): atque Fabro consentit Thesaurus (2); hoc enim plerumque extorquet ab invitis Principibus, et Magistratibus infelicitas temporum, et necessitas commerciorum (3): propter quam a stricta juris ratione interdum receditur (4): nec decet, edictum Principis, quod caeteris negotiatoribus non nocet, soli creditori nocere (5).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib. 8. tit. 30. def. 11.*

(2) *Thesaur. de augment. monet. part. 2. num. 23.* ✠

(3) *Fab. d. def. 11. allegat.* 3.

(4) *L. Si quis mancipiis 17. §. Si impubes 2. ff. de institor. action.* (14. 3.)

(5) *Argum. l. Debitorem 99., l. Creditor 102. ff. de solution.* (46. 3.)

§. 959.

Quod si eadem non sit communi hominum usu, ut plerumque contingit, nummorum aestimatio, nec maxima, subjicit Faber, sumenda est, nec minima, sed media, et magis frequens (1): ne hinc nimis gravetur debitor, inde vero creditoris indemnitati moderate consulatur (2); prout suadet aequitas, cum ex duobus contendentibus neuter certo jure nititur: atque idem ferendum est judicium, si monetae antiquae, ad cujus aestimationem solutio ex nova fit, valor incertus fit (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib. 8. tit. 30. def. 11. num. 4. in corp.*

(2) *Argum. l. Si haeres 110. ff. de legat. 1.* (30. 1.)

(3) *Argum. d. l. 110. ff. de legat. 1.*

§. 960.

Ex his, quae supra diximus (§. 958.), sponte sequitur, eum, qui spopondit, se aureos soluturum ad communem valorem, non de eo sensisse videri, qui edicto Principis, aut Magistratuum praescriptus est, sed qui usu, seu abusu commerciorum frequentatur (1); cum valor publica lege constitutus facile ignoretur a contrahentibus: vel, etiamsi perspectum habeant, ex quo abusivus valor toleratur (d. §. 958.), ad hunc potius respiciunt contrahentes (2): nec mutuatarius justam habet conquerendi caussam, cum nummos mutuo acceptos ad eundem valorem expendere potuerit (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib. 8. tit. 30. definit. 41. in princip.*

(2) *L. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *Argum. l.* 1., *et passim ff. quod quisq. jur.* (2. 2.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12 tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 961.

Haec ita, quamdiu Princeps patitur, ut moneta in communi usu expendatur ultra aestimationem ab ipso praefinitam; quod si abusus hic a Principe, vel Magistratibus supremis, qui vice Principis funguntur, condemnatus fuerit, nulla amplius ratio illius habenda est (1); legibus enim judicandum est, non exemplis (2): neque consuetudo tanti valet, ut legem vincat (3): quamquam post latam legem ex intervallo fieri potest, ut abusus denuo inducatur, atque publicae commerciorum utilitatis caussa feratur (§. 958.): quo casu legis sanctioni praevalet (4).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 39.
(2) *L. Sed licet* 12. *in fin. ff. de offic. praesid.* (1. 18.)
(3) *L. Consuetudinis* 2. *cod. quae sit longa consuetud.* (8. 53.)
(4) *Fab. cod. de solutionib. d. definit.* 39. *allegat. ult.* ✠

§. 962.

Cum autem propter augmentum, vel decrementum monetarum, vel pluris, vel minus aestimandi sint nummi aurei, vel argentei; ne debitor, aut creditor nimis gravetur, non solet Senatus Sabaudus, ait Faber, id arbitrio suo committere, sed viris probis, eam rem tractare solitis, et ab utroque collitigantium eligendis (1): praesertim cum praeter intrinsecam mutationem abusus quoque commercii intervenit (2); cum enim res haec facti sit, certa et generalis regula constitui non potest, sed a prudenti judicantis arbitrio pendet (3).

(1) *Fab. cod. de solutionibus lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 21. *in princip.*
(2) *Fab. dict. definit.* 21. *num.* 2. *in corp.*
(3) *L. Ordine decurionum* 15. *in fin. princip. ff. ad municipal.* (50. 1.)

§. 963.

Sed quid dicendum, si in diversis locis varius sit pecuniae valor, atque in uno loco contractum sit, in alio autem solutio fieri debeat; an ex contractus, an ex solutionis loco aestimatio fiet? Ex solutionis loco (1); quia unusquisque contraxisse intelligitur in loco, quo solvere debet (2), cum ibi contractus implementum accipiat (3).

(1) *L. Vinum* 22. *in fin. ff. hoc tit., Voet in Pandect. hoc tit. de reb. credit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 25.
(2) *L. Contraxisse* 21. *ff. de obligationib., et actionib.* (44. 7.), *l. Aut ubi* 3. *ff. de reb. auctor. judic. possidend.* (42. 5.)
(3) *Argum. l. unic. codic. ubi conveniat., qui cert. loc. dare promisit.* (3. 18.)

§. 964.

Hinc, cum conductor, ex caussa susceptae conductionis, se obligasset ad solutionem mille aureorum aestimatorum tribus libris Regiis, quae sex florenos cum assibus tribus monetae Sabaudae efficerent; ita ut, licet in Sabaudia contractus celebratus esset, solutio tamen Lugduni fieret sumptibus, et periculo conductoris: pronunciavit Senatus, minime cogendum conductorem, ut in aureis solveret, dummodo in alia moneta, quae Lugduni admitteretur (1); cum aurei aestimati fuissent, adeoque solutio tum in specie, tum in aestimatione fieri poterat (2), dummodo moneta deterior effecta non fuisset a contractus tempore (3).

(1) *Fab. cod. de solutionibus lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 36. *in princip.*
(2) *L. Si quis stipulatus* 57. *ff. eod. tit. de solutionibus* (46. 3.), *Fab. ibid. allegat.* 1.
(3) *Fab. ibid. num.* 2. *in corp. l. Cum quidem mutuum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 965.

Idem servandum placuit, si solutio in aureis fieret; ita ut, si aureus solutionis tempore quatuor libris Regiis Lugduni aestimaretur, trecentis aureis in specie datis

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

quadringenti soluti viderentur (1), habita videlicet valoris, seu aestimationis publicae ratione; quia apparebat, aestimationem debitoris gratia factam fuisse, cum tempore contractus propter monetarum deteriorationem aureus Lugduni multo pluris, quam tribus libris Regiis aestimaretur (2): aliud proinde statuendum, si in favorem creditoris aestimatio facta fuisset (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *dict. definit.* 36. *num.* 3. *in corp.*

(2) *Fab. d. definit.* 36. *num.* 4., *et* 5. *in corp.*

(3) *L. Javolenus* 15. *ff. de annuis legat.* (33. 1.)

§. 966.

Exceptionem de loco solutionis inspiciendo in monetae aestimatione admittit Faber, cum res haec in creditoris damnum vergeret; puta si quis in uno loco condemnatus solverit, tum a judicis sententia ad supremum Magistratum appellaverit, atque obtinuerit (1); etenim inspici decet potius locus, in quo indebita solutio facta est, quam ubi indebiti exactor condemnatus fuit; cum ibi quasi contraxisse videatur, ubi indebitum exegit (2): proinde, si creditoris intersit, hujus loci leges in aestimando pecuniae valore servandae sunt, ne alioquin damnum patiatur (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 33. *in princip.*

(2) *L. Consensisse* 2. §. *Omnes autem* 4., *l. Haeres absens* 19. §. 1. *ff. de judiciis* (5. 1.)

(3) *L. Debitorem* 99. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 967.

Eodem modo pronunciatum fuit de impensis, quas in caussam prioris litis erogaverat, qui indebitum prius solverat; tametsi earum solvendarum obligatio nata non videretur, nisi ex posteriore judicato, atque in ipso loco competere, in quo posterior sententia lata fuit (1); quia et in his quoque sumptibus indemnis servari victor debeat (2). Alia caussa est sumptuum, qui in caussa, et loco appellationis facti sunt, licet forte moneta ex loco prioris judicii allata, atque in loco appellationis impensa tantam domino utilitatem parere potuisset, quanta in posteriore loco fuit (3); etenim appellationis expensae nullo modo pertinent, aut referri possunt ad locum prioris judicii.

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 33. *num.* 3., *et* 4. *in corp.*

(2) *L. Properandum* 13. §. *Sive autem* 6. *cod. de judic.* (3. 1.)

(3) *Fab. d. defin.* 33. *num.* 5. *in corp.*

§. 968.

Quaedam hoc loco animadvertenda supersunt. Primum est, monetae augmentum amplius peti non posse a creditore, qui semel probaverit restitutionem sibi a debitore factam, licet in moneta viliore, nisi de jure suo conservando protestatus sit; quamvis agatur de dote, cujus praecipuus favor est (1); quia ex trito axiomate volenti, et consentienti non fit injuria (2): nisi forte error, vel ignorantia creditoris intervenerit; haec enim excusationem facile praestat (3).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 51. *in princip.*

(2) *L. In diem* 9. §. 1. *ff. de aqua, et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.), *l. Nemo videtur* 145. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Juris ignorantia* 7., *l. Regula est* 9., *in princip.*, *et* §. *Sed juris ignorantia* 3. *ff. de jur.*, *et facti ignorant.* (22. 6.)

§. 969.

2. Quod saepe diximus, monetae augmentum creditori deberi, etiam in annuis praestationibus (§. 950., et 953.), aliquando non omnino servatur, si nempe immodice creverit monetae valor, ita ut debitor grave damnum passurus sit, si ad integrum augmentum praestandum damnetur; tunc enim res ad aequitatem, ut ajunt,

reducitur, prout judex singulis adjunctis pensatis definiet, non obstante contrario pacto (1), immo et consuetudine, seu praescriptione (2).

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 12. tit. 1. Cod l. 4. tit. 2.

(1) *L. Cum quidam* 17. *in princip. ff. de usur.* (22. 1.): *Thesaur. decis.* 226. *num.* 3. ✠, *et in additionib. littera* A ✠

(2) *Thesaur. d. decis* 226. *num.* 4., *et decis.* 239. *num. ult.* ✠

§. 970.

Postremo cum Fabro animadvertimus, augmentum monetae, quod creditoribus adjudicari solet, a monetarum inferiorum, veluti florenorum, librarum, assium, solidorum, et similium deterioratione caussam plerumque habere (1): atque ideo non pluris aestimandum videretur augmentum, quam deterior effecta est moneta nova eo tempore, quo solvitur: tamen vulgo, subjicit idem Faber, aestimari solet ex comparatione aurei nummi, ita ut tanto plus veniat in liquidatione augmenti, quanto pluris est aureus (2).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 27. *num.* 1. *in corp.*

(2) *Fab. d. defin.* 27. *num.* 2., *et* 3. *in corp.*

§. 971.

Huic porro consuetudini standum esse, Sabaudus Senatus pronunciavit (1); nec immerito; licet enim aurei nummi pluris aestimari soleant in commercio, quam valeant, si intrinseca materiae qualitas inspiciatur; sive quia aurum prae caeteris metallis pretiosius est, sive quia nummi aurei commodius, et tutius huc, et illuc exportantur: attamen, cum in nummis extrinsecus potius valor, quam materia spectetur (2), communis hominum opinio praevalere debet: maxime quia creditor, cui noceri aequum non est (3), tot aureos contractus tempore sibi comparare potuisset (4).

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. defin.* 27. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1. *in fin. ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(3) *L. Debitor* 99., *l. Creditor oblatam* 102. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(4) *Fab. d. definit.* 27. *in fin.*

§. 972.

Quid ergo si aurei nummi creverint, non ex inferioris monetae deterioratione, sed quia rudis auri valor in commercio augmentum accepit, prout aliquando contingit (§. 922.)? Placuit, in hoc casu de augmento nihil tractari posse, atque debitorem liberari, dummodo solvat in moneta, quae debetur (1); quia in nummis magis inspicitur publica aestimatio, quam materia, ex qua constant, ejusve valor (§. 915.). Quod si solutio in auro promissa fuerit, omnino solvendi erunt aurei in illa aestimatione aureorum, quae in usu est tempore solutionis, licet aurei valor creverit, quin inferiores monetae deteriores effectae sint (2): tunc enim contrahentes respexisse videntur potius ad pecuniae materiam, quam ad illius aestimationem (§. 932). Sed de hac re satis: caetera, quae ad mutui restitutionem pertinent, prosequamur.

(1) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 27. *allegat.* 2. ✠

(2) *Fab. d. allegat.* 2. *in fin.* ✠

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

Sectio III.

Quo loco, tempore, et modo mutuum restitui debeat.

SUMMARIA.

Mutuum solvi debet in loco, ubi datum fuit, nisi aliter conventum sit. §. 973.

Dies mutui solvendi plerumque apponitur favore debitoris: nec inceptus habetur pro completo. §. 674.

Mutuatarius potest solvere ante diem praefinitum, praeterquam si dies creditoris favore appositus fuerit. §. 975.

Dies solutioni in gratiam creditoris mutuantis adjici potest. §. 976.

Mutuantis creditoris juste potest interesse, ne pecunia prius solvatur, quam conventum fuit. §. 977.

Legatorum solvendorum tempus prorogari potest a testatore in haeredis, vel in legatarii utilitatem. §. 978.

Conductor ante tempus praescriptum recedens totius temporis pensiones solvere tenetur. §. 979.

Mutuum, cui solvendo dies praefinitus non est, non statim restitui debet, sed post certum tempus prudentis judicis arbitrio. §. 960.

Pecunia, cujus solvendae dies non ponitur, praesenti die non debetur, si negotii indoles aliud non suadeat. §. 981.

Pecunia mutuo data tota simul restituenda est, nisi aliter convenerit, vel plures sint unius mutuatarii haeredes. §. 982.

§. 973.

Mutuum generatim solvi debet in eo loco, in quo datum fuit; quia ibi contraxisse debitor intelligitur (1): nisi inter mutuantem, et mutuatarium convenerit, ut in alio loco credita pecunia restituatur (2): quo sane casu conventio servanda est, neque cogi potest creditor, ut alibi solutionem accipiat (3). Non tamen tenetur debitor ad domum, vel locum domicilii creditoris pecuniam deferre, nisi ita convenerit, vel moribus inductum probetur (4).

(1) *L. Haeres absens* 19. §. *Proinde* 2. *ff. de judic* (5. 1.), *l. Contraxisse* 21. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.). *V. supra* §. 963.

(2) *L.* 1., *et passim ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.)

(3) *L. Qui Romae* 122. *in princip. ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(4) *Fab. cod. de solution. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 4. *in princip.*

§. 974.

Quod pertinet ad mutuae pecuniae solvendae tempus, distingui debet, an tempus solutionis praefinitum fuerit, nec ne: in primo casu generatim statuendum, ex conventionis verbis rem pendere, si dies adjectus fuerit; ita ut antea peti nequeat (1); cum dies non creditoris, sed debitoris favore apponi soleat (2): quo factum, ut dies inceptus non habeatur pro completo, sed omnes anni, mensis, vel diei partes praeterlabi necesse sit, antequam jure agatur (3).

(1) *L. Eum, qui calendis* 41. §. 1. *ff. verbor. obligat.*

(2) *D. l.* 41. §. 1. *in fin.*

(3) *L. Qui hoc anno* 42. *ff. eod. tit. de verbor. obligat.*

§. 975.

Hinc nascitur quaestio, utrum debitor ante praefinitum diem mutuum restituere possit, mutuante invito. Si dies mutuatarii gratia, ut plerumque fit (§. praeced.),

adjectus fuerit, fatentur omnes, eum pro arbitrio solvere ante diem, atque creditorem cogi, ut solutionem accipiat, et ratam habeat (1); *totum enim medium tempus*, ait scite Celsus, *ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur* (2). Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

(1) *L. Stipulatio ista* 38. §. *Inter incertam* 16., *l. Eum, qui* 41., *l. Continuus actus* 137. §. *Cum ita* 2., *prop. fin. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

(2) *L. Quod certa die* 70. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

§. 976.

Sed dissentiunt interpretes, utrum liceat diem solutionis adjicere favore creditoris, seu mutuantis, ita ut antea solvi nequeat. Quidam negant: alii congruentius affirmant: posterior sententia ratione, et legum auctoritate priorem vincit. Imprimis ratione; etenim mutuantis multum interesse potest, ne ante biennium, puta, restituatur pecunia credita, quam alioquin otiosam per longum tempus servare deberet: atque aliter sibi prospexisset, pecunia negotiationi, vel alii honesto lucro destinata, vel praediis comparandis: proinde non sinit aequitas, ut damnum hoc ferre cogatur: nec permittendum mutuatario, ut praepropere restituat, nisi legitimas medii temporis usuras solvere paratus sit (1).

(1) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 977.

Neque quis dicat, mutuum ex natura sua totum referri ad utilitatem accipientis, proinde restitutionem fieri posse pro ejus arbitrio, et utilitate, maxime quia usurarum accessio plerumque inspecta naturali ratione vix sustineri potest (1); etenim, cum non raro contingat, ut ex caussa damni emergentis, aut lucri cessantis usurae sine vitio in stipulatum deducantur (2); adeoque mutuum dantis intersit, ne tempore inopportuno pecunia solvatur, sponte inita conventio servari debet (3). Atque hinc mutuum dantes hodie pacisci solent, ne pecunia restituatur, nisi facta creditori ante duos, vel tres menses denunciatione.

(1) *Cap. Quia in omnibus* 3., *et cap. sequ. extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)

(2) *Cap. ult. eod. tit.*

(3) *L.* 1. *in princip. ff. de pact.* (2. 14.)

§. 978.

Legum quoque auctoritas favet sententiae, qua defendimus, mutuum, cujus restitutioni dies adjectus sit in gratiam mutuantis, ante praescriptum tempus restitui non posse; etenim Romanae leges apertissime distinguunt inter diem solventis, vel accipientis favore appositam in testamento, ita ut in primo utique casu debitor ante tempus, si malit, recte solvat, non vero in postremo (1): sane, si verum amamus, legata a mutuo in hac re non differunt: maxime quia jureconsultus satis innuit, servandam esse testatoris dispositionem, qua tempus solvendi prorogaverit favore accipientis, licet medii temporis fructus legatario praestandi essent (2): praeterquamquod, ut modo diximus (§. praeced.), usuras interdum mutuanti solvi suadet aequitas, ne in damno haereat, quia mutuatario morem gerere voluit.

(1) *L. Javolenus* 15. *ff. de annuis legat.* (33. 1.)

(2) *D. l.* 15. *in fin.*

§. 979.

His addi potest exemplum conductoris; quippequi ante tempus praescriptum recedens ad solvendas totius temporis pensiones recte convenitur, ut locator indemnis servetur (1): porro quemadmodum in locatione usus aedium continetur, ita in mutuo usus pecuniae, licet haec ipso usu consumatur: atque, sicut merces pro conductione recte postulatur, ita et usurarum accessio pro mutuo, si justa adsit caussa damni emergentis, aut lucri cessantis (§. 977.)

(1) *L. Dominus horreorum* 55. §. *ult. ff. locati* (19. 2.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod l. 4 tit. 2.

§. 980.

Quod si dies mutuo restituendo statutus non sit, modica judicis arbitrio singulis pensatis dilatio concedenda est (1), ut interim aliquod ex mutuo emolumentum percipiat, prout traditur de commodato sine temporis praefinitione concesso (2). Sane nemo est, qui mutuum accipere velit, si confestim restituere debeat: proinde tacite convenisse videntur mutuans, et mutuatarius de solutione per aliquod tempus protrahenda (3).

(1) *Fab. cod. de usuris, et mora lib. 4. tit. 24. definit. 27.*

(2) *L. In commodato 17. §. Sicut autem 3. ff. commodat.* (13. 6.)

(3) *L. Cum quid mutuum 3. ff. hoc titul.*

§. 981.

Neque nocet juris regula, qua traditur, praesenti die deberi pecuniam, quoties solutionis dies non ponitur (1); haec enim ex negotii indole, atque probabili contrahentium voluntate suas habet exceptiones: veluti in commodato (§. praeced.); atque etiam in stipulatione dandi in certo loco, cui tacite inest tempus, quo illuc possit perveniri (2); et aequitas ipsa suggerit, temperamentum aliquod in hac re servandum esse (3).

(1) *L. Eum, qui calendis 41. §. 1. ff. de verbor. obligation.* (45. 1.), *l. In omnibus 14. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *D. l. 41. §. 1. in med. ff. de verb. oblig.*

(3) *L. Quod dicimus 105. ff. de solution.* (46. 3.)

§. 982.

Solutionis modus is est, ut integra simul pecuniae mutuo datae quantitas restituatur, nisi aliter convenerit (1); ita ut nec oblatae, et obsignatae partis usurae remittantur (2); quia particulatim facta solutio multa habet incommoda (3), quae creditor invitus pati non cogitur: nisi forte plures sint mutuatarii haeredes, quippequi pro haereditariis portionibus recte solvunt (4); vel una pars debiti certa sit, altera incerta (5).

(1) *L. Tutor condemnatus 41. §. 1. ff. de usur.* (22. 1.), *l. Obsignatione 9. cod. de solutionib.* (8. 43.)

(2) *D. l. 41. §. 1. ff. de usur.*

(3) *L. Plane ad officium 3. ff. famil. arciscund.* (10. 2.)

(4) *L. Pro haereditariis 2. cod. de haereditar. actionibus* (4. 16.), *l. 1. cod. hoc tit.*

(5) *L. Permittendum 8. ff. si pars haereditat.* (50. 4.)

Sectio IV.

Quibus conditionibus mutui restitutio obtineri possit.

SUMMARIA.

Mutuum peti non potest, nisi datum probetur vel per chirographum, vel per testes. §. 983.

Quid si debitor chirographum mendaciter neget, atque de mendacio convictus sit? §. 984.

Mutuum per testes non probatur, nisi omnes de eadem quantitate deponant. §. 985.

Jusjurandum actori deferri potest a judice, si ex duobus testibus, unus de pecunia numerata de visu deponat, alter de auditu. §. 986.

Quid si duo testes asserant, pecuniam mutuatario numeratam fuisse, cujus tamen quantitatem ignorent? §. 987.

Mutuum an per duos testes semper probetur? §. 988., et 989.

Testis subscribens chirographo de mutuo non tenetur, nisi pater sit, vel dominus. §. 900.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 983.

Mutui restitutio peti non potest, nisi datum probetur illi, a quo postulatur, vel mediate, vel immediate, seu per interpositam personam; neque enim res facti praesumuntur (1); potissimum alterius odio; cum immo proniores esse debeamus ad liberandum, quam ad obligandum (2): duplex autem esse potest probandi ratio, nempe vel per chirographum, vel per testium depositionem (3).

(1) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat.*, *et actionibus* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *L. In exercendis* 15. *cod. de fide instrumentor.* (4. 21.), *Auth. Sed novo jure, post l. ult. cod. hoc tit.*

§. 984.

Imprimis mutui probatio per chirographum fit; atque si a debitore agnoscatur, nihil amplius quaerendum est; ex propria confessione, qua nulla major probatio (1), debitor se ad restituendum devincit (2). Quod si chirographum neget, vel per comparationem litterarum, vel per testes, qui chirographo subscripserint, rei veritas elici potest: atque, si propriam scripturam per mendacium inficiatus fuerit, deque mendacio convictus, jure Romano in duplum condemnatur (3); usu fori apud nos in aureos quinque praeter refectionem impensarum, et id, quod interest (4).

(1) *L. Certum confessus* 6. *in princ. ff. de confessis* (42. 2.)

(2) *L.* 1. *ff. eod. tit.*

(3) *Auth. contra qui propriam post l. Cum fidem* 4. *cod. de non numer. pecun.* (4. 30.)

(4) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 6.

§. 985.

Quae ad litterarum comparationem pertinent, alibi opportunius trademus (1): quod si mutui chirographum nullum sit, vel ex litterarum comparatione probari nequeat, sed mutuans ad testium depositionem confugiat, non aliter vincere potest, praeterquam si omnes de eadem quantitate mutuo data deponant: etenim si unus, puta, testetur de aureis triginta, alter de quadraginta, nec semiplenam probationem faciunt, cum sint testes singulares, ac potius sibi contradicant: nisi forte duo in eamdem summam consentiant (2).

(1) *V. interim si lubet Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 12.

(2) *L. Ob carmen* 21. §. *ult. ff. de testibus* (22. 5.)

§. 986.

Sed quid dicendum, si ex duobus testibus unus de pecuniae numeratione de visu, ut ajunt, deponat, alter de auditu ab alio teste, qui numerationi praesens fuit, vel ab ipso debitore? Plena sane probatio hinc non habetur, cum ambo testes de eadem utique re testentur, se non eodem modo: attamen semiplene probare videntur, ita ut jusjurandum actori deferri a judice possit (1), si actor honestis moribus praeditus sit, testibus nulla suspicionis labes obsistat, nec rerum, aut personarum adjuncta aliud suadeant.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 26. *in fin. post alios.*

§. 987.

Idem ferri debet judicium de eo casu, quo duo testes Titio pecuniam a Sempronio numeratam fuisse asserant, nihil tamen de pecuniae quantitate deponentes: videlicet permittendum creditori, ut jurejurando suppletivo demonstret quantitatem mutuo datam, taxatione utique a judice facta pro personarum, et judicii qualitate (1).

(1) *Argum. l. Si quando* 9. *codic. unde vi* (8. 4.)

§. 988.

Quod ad numerum testium pertinet, generalis regula in jure statuitur, duos omnino requiri, et sufficere (1): exceptionem tamen induxit Justinianus, cum egregia quantitas

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

mutuo data fuit; atque imprimis constituit, ut nec chirographario instrumento super pecunia credita fides adhibeatur, cum summam excedit auri libras quinquaginta, nisi trium testium probatae famae subscriptione munitum sit (2): atque deinceps mutuatarii cautioni prospicere volens, decreverit, ut quinque testes adhibendi sint, si contractus libram auri excedens fiat ab imperito litterarum in scriptis, et in civitate (3).

(1) *L. Ubi numerus* 12. *ff. de testibus* (22. 5.)

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Auth. Sed novo jur., post d. l. ult. cod. hoc tit., Novell.* 73. *cap. Oportet vero* 8.

§. 989.

Sed hodiernis moribus haec non servautur: videlicet in privatis scripturis cujuscumque quantitatis nec subscriptio, nec praesentia testium requiritur: publicae vero, quae a notariis, tamquam publicae personae vice fungentibus, fiunt, duorum testium praesentiam, atque subscriptionem desiderant, praeter subscriptionem contrahentium, si litterarum periti sint, vel signum, si litteras nesciant (1).

(1) *Perez. in cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *num. ult. in fin. V. Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 12. §. 8., *et lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 9.

§. 990.

Vix monendum, testem, qui chirographo subscribit, sed mutuam pecuniam non accepit, de mutuo non teneri (1): nisi is pater sit, aut dominus (2): nec filius debitoris obligatur, licet pater ex ea pecunia filio alimenta suppeditaverit (3). Sed de his satis: opportune dicendum sequitur de usuris, quae potissimum in mutuo praestari solent.

(1) *L. Mutuae pecuniae* 14. *codic. hoc titul.*

(2) *L.* 1. §. *Sed et si servi* 4. *ff. quod jussu* (15. 4.)

(3) *L. Eum, qui mutuum* 13. *codic. hoc tit., l. Patris nomine* 4. *cod. ne filius pro patre* (4. 13.)

TITULUS VII.

De usuris.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*

Digest. lib. 22. tit. 1. *De usuris, et fructibus, et causs., et omnibus accessionibus.*

Cod. lib. 4. tit. 32. *De usuris.*

SUMMARIA.

Usurarum tractatio prae caeteris ardua est. §. 991.

Veritas absque partium studio prae oculis semper haberi debet. §. 992.

Quae sint de usuris, earumque jure sigillatim expendenda? §. 993.

§. 991.

Rem prae caeteris difficillimam tractandam aggredimur, in qua explicanda mire scinduntur interpretes tum juris civilis inter se, tum praecipue a sacrae Theologiae, et juris canonici doctoribus dissident: ita ut vix patere via videatur, quam tuto sequaris: si enim usuras generatim damnes, clamant priores, quasi commerciorum utilitatem, immo et necessitatem tollas, aut saltem magnopere laedas: quod si prioribus adhaereas, increpant te postremi tamquam recte rationis, atque divini juris contemptorem.

§. 992.

Quid ergo in hisce rerum angustiis? Verba facere periculi plenum: tacere probrosum: sed primum utilius, nec non suscepto instituto convenientius: quod ideo ample-

etimur: atque ne in scyllam incidamus, dum cupimus vitare carybdim, qua majori licet sedulitate, quae ad salebrosum hoc argumentum pertinent, enucleare satagemus, veritate absque partium studio prae oculis habita; atque potissimum sacrosanctis Ecclesiae definitionibus, prout Christianum unumquemque decet. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

§. 993.

Ut omnia, quae de usuris, earumque jure scitu necessaria, vel utilia sunt, congrua methodo explicemus, atque facilius perspiciantur, sex erunt hujusce tituli capita. In primo demonstrabibus, quid sit usura: in secundo quotuplex sit. In tertio expendemus casus, in quibus usurae jure peti possunt. 4. Investigabimus, a quo tempore usurae debeantur. 5. Quae sit usurarum quantitas: 6, et postremo quibus in casibus cesset obligatio solvendarum usurarum.

CAPUT I.

Quid sit usura.

SUMMARIA.

Usura sumi potest vel pro re, quae datur pro usu pecuniae, alteriusve rei fungibilis: vel pro contractu, quo hujusmodi lucrum quaeritur. §. 994.

Usura pro contractu accepta recte definitur mutuum, quo aliquid supra sortem restitui debet: mutuum aliquando expressum est, aliquando tacitum. §. 995.

Usura est accessio sortis, seu quantitatis principalis mutuo datae. §. 996.

Usura plerumque solvitur ex eadem re, quae mutuo data fuit, pecunia pro pecunia, oleum pro oleo: nisi aliter contrahentes malint. §. 997.

Usura differt a fructibus: fructus percipiuntur ex rebus immobilibus: usura plerumque ex rebus mobilibus, quae numero pondere, vel mensura constant. §. 998.

Usura differt ab eo, quod interest. §. 999.

Fructus proprie sunt, qui naturaliter ex re ipsa nascuntur, et renasci solent. §. 1000.

Caussae nomine intelligunt jureconsulti utilitatem omnem sive intrinsecam, sive extrinsecam, quam actor habiturus fuisset, si res fuisset restituta tempore litis contestatae. §. 1001.

Accessio est emolumentum omne, quod ex re, vel occasione rei percipi potest. §. 1002.

§. 994.

Usura ab usu dicta duplici modo sumitur: nimirum vel pro re, quae datur pro usu, seu potius abusu rei fungibilis, ut ajunt, idest, quae ipso usu consumitur; vel pro contractu, quo hujusmodi lucrum quaeritur: priore sensu plerumque accipitur; atque hinc usurae dicuntur centesimae, legitimae, trientes, quincunces: sicut et deberi, vel non deberi, in pactum, vel stipulationem deduci posse, vel non posse: posterior significatio, tametsi minus frequens, in jure tamen fundamentum habet; atque hoc sensu Papinianus, debitorem, qui ad usuras praestandas ex conventione tenetur, usurarium debitorem appellat (1).

(1) *L. Debitor usurarius 7. ff. hoc tit.*

§. 995.

Si usura accipiatur pro contractu, cujus vi solvitur, definiri potest: mutuum, quo aliquid supra sortem restitui debet. Priora verba, quibus usura contractus mutui dicitur, tenent locum generis; et simul innuunt, usuras in vim mutui vere semper accipi; non in omni casu expressi, sed aliquando taciti: puta si quis carius rem vendat, quia emptori concedit moram pretio exsolvendo: idem enim est, ac si pecuniam mutuo interim daret (1), ut usuras percipiat. Posteriora, quibus dicimus, ex contractu usurario

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

nasci obligationem solvendi aliquid supra sortem, differentiam continent, seu id, quo usura, seu usurarius contractus a simplici mutuo differt; quippe ex simplici mutuo sola imminet obligatio tantumdem restituendi (2), non amplius, quam datum fuit (3).

(1) *Argum. l. Certi condictio* 9. §. *ult.*, *l. Rogasti* 11. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Qui negotia* 34. *ff. mandati* (17. 1.), *V. supra* §. 836., *et* 837.

(2) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.*

(3) *D. l.* 11. §. 1. *ff. de reb. credit.*, *l. Si tibi decem* 17. *in princip. ff. de pactis* (2. 14.) *V.* §. 909. *ad* 912.

§. 996.

Quod si usura sumatur pro re, quae ex mutuo solvitur; diversimode a diversis definitur: aliis est *accessio ad sortem;* aliis *quantitas sorti accedens* (1): sortis nomine significari solet res, seu quantitas principalis, quae mutuo datur: accessio dicitur, quatenus usura non per se stat, nec per se solvitur, sed ratione sortis, seu summae principalis, mutui titulo creditae.

(1) *L. Frumenti* 12. *cod. hoc tit.*

§. 997.

Sicut autem in mutuo eadem res restitui debet (§. 831.), ne in aliam contractus speciem abeat, ita et usura plerumque solvitur ex eadem re, ex qua constat sors principalis, velut pecunia pro pecunia, oleum pro oleo (1): quamquam, cum etiam in mutuo, si ita malint contrahentes, aliud pro alio restitui possit, vinum pro frumento, vel pecunia (§. 834.); ita nihil impedit, quominus usurae solvantur in alia re, vinum, puta, vel oleum detur pro pecuniae usu; dummodo res, quae usurae nomine praestatur, ex communi hominum aestimatione pretio aestimabilis sit (2).

(1) *L. Oleo quidem* 23. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Cum non frumentum* 16., *et seq. cod. hoc tit.*

§. 998.

Usura proprie dicta differt a fructibus; hi quippe percipiuntur ex corporibus, ut ajunt, seu rebus immobilibus, nempe naturales, industriales, et mixti ex prediis rusticis, civiles ex urbanis, usurae vero ex rebus mobilibus, non omnibus, sed illis tantum, quae numero, pondere, vel mensura constant, seu quae in commercio ad numerum, pondus, vel mensuram dari, et accipi solent, atque usu consumuntur vere, aut ficte. Hinc argento, vel auro facto per fideicommissum relicto, etiamsi haeres moram in solvendo fecerit, usuras non deberi, respondit Papinianus, nisi testator cavisset, ut aurum, vel argentum venderetur, atque redacta pecunia fideicommissario solveretur (1). Quamquam ex judicis imperio usurae post moram ex corporibus deberi possunt (2): atque ex voluntate contrahentium (3).

(1) *L. In fideicommissi persecutione* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum quidam* 17. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Pro auro* 25. *cod. hoc tit.*

§. 999.

Usurae quoque differunt ab eo, quod interest; hoc quippe incertum est, atque judicis arbitrio, singulis perpensis, definitur (1): contra usurarum quantitas plerumque certa est: praeterea id, quod interest, debetur in omni negotio, sive bonae fidei, sive stricti juris (2): usurae autem tantum in bonae fidei judiciis praestari jubent leges civiles post moram (3): non in illis, quae stricti juris sunt (4).

(1) *L. Centum Capuae* 8. *ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.)

(2) *L. Arbitraria* 2. §. *ult.*, *et ll. seq. ff. eod. tit.*

(3) *L. In bonae fidei* 13. *cod. hoc tit.*, *l. Mora fieri* 32. §. *In bonae fidei* 2. *hoc tit.*

(4) *L.* 1. *cod. de condiction. indebit.* (4. 5.), *l. Quamvis usurae* 3. *cod. hoc tit.*

§. 1000.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Cum titulus digestorum inscriptus sit de usuris, et caussis, et fructibus, et omnibus accessionibus, opportunum ducimus breviter explicare, quid hisce nominibus significent jureconsulti. Fructus, si proprie loquamur sunt, qui naturaliter ex re ipsa nascuntur, ac renasci solent, sive ex animalibus procreentur (1): sive terra eosdem gignat (2): atque ex his alii naturales, alii industriales, alii dicuntur mixti: minus vero proprie pensiones aedium locatarum, et similium fructuum nomine donantur, sed civilium: sed de his alibi fuse diximus (3): nec ulterius immoramur. An vero, et quibus in casibus restitui debeant tum fructus, tum caussae, tum accessiones, suis locis expendimus.

(1) *L. In pecudum* 28., *l. Equis per fideicommissum* 39. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Item, si fundi* 9. *princip.*, *et* §§. *seqq. ff. de usufructu* (7. 1.)

(3) *V. Tom. III. pag.* 169 §. 647., *et seqq.*

§. 1001.

Caussae nomine generatim intelligunt jureconsulti utilitatem omnem, sive intrinsecam, sive extrinsecam, quam habiturus fuisset actor, si res litis contestatae tempore restituta fuisset (1): ad intrinsecam pertinent fructus praediorum, partus ancillarum: ad extrinsecam referri possunt haereditates, et legata, quae servus debitus forte comparasset (2): libertas a vinculo usucapionis, quam res, moram faciente debitore, passa sit (3).

(1) *L. Praeterea* 20. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. Cum fundus* 31. *de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *D. l.* 20. *ff. de rei vindicat.*

(3) §. *Si ad exhibendum* 3. *instit. de offic. judic.* (4. 17.)

§. 1002.

Postremo accessione significatur emolumentum omne, quod ex re, vel rei occasione percipi potest: veluti ususfructus ad proprietatem reversus, insula in flumine nata, alluvio, de quibus alibi diximus (1); id etiam, quod interest, nec non poena conventionalis sub accessione continetur, tamquam species sub genere.

(1) *D. Tom. III. pag.* 147., §. 551, *et seqq.*

CAPUT II.

Quotuplex sit usura.

SUMMARIA.

Usurae ratione habita quantitatis majores sunt, vel minores. Quae sit usura centesima? §. 1003.

Usurae minores aestimantur ad comparationem centesimae. Quae sint usurae sextantes, vel quadrantes? §. 1004.

Quae dicantur usurae trientes, quincunces, semisses, et deinceps? 1005.

Usura unciaria est duodecima centesimae. §. 1006.

Usurae legitimae sunt, quae modum a legibus definitum servant. Quae fuerint apud Romanos legitimae usurae? §. 1007.

An conveniens sit divisio usurarum in legitimas, et non legitimas? §. 1008.

Usurae a caussa, ex qua praestantur, dividi solent in compensatorias, punitorias, et lucratorias. §. 1009.

Usura potissimum lucratoria distingui potest in expressam, seu formalem, et tacitam, seu virtualem. §. 1010.

Usurae aliae sunt sortis, aliae usurarum. §. 1011.

§. 1003.

Inst. l. 3 tit. 15 ff. l. 12 tit. 1 Cod. l. 4. tit. 2.

Usura multipliciter dividi potest: vel habita ratione quantitatis, seu emolumenti, quod solvitur, vel caussae, propter quam solvitur, vel rei, propter quam praestatur. Si quantitas accessionis inspiciatur, usurae aliae dicuntur majores, aliae minores. Majores sunt centesimae, caeterae minores. Usura centesima ea est, quae centesimo mense seu octo annis, et quatuor mensibus aequat sortem: videlicet pro centum aureis duodecim singulis annis penduntur (1): ideo autem centesimae usurae a mensibus centum appellatae sunt, quia veteres solebant per singulos menses singulis calendis usuras exigere, atque rationes cum debitoribus inire (2): quare tabulas, quibus nomina debitorum, praecipue mutuatariorum, inscripta erant, calendaria dicebantur.

(1) *L. Lecta est* 40. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *D. l.* 40. *fer. in princip.*

§. 1004.

Minores usurae diversi generis sunt, prout magis accedunt ad centesimas, vel recedunt a centesimis, ad quarum comparationem aestimantur (1): quare aliae dicuntur sextantes, aliae quadrantes, aliae trientes, quincunces, aliae semisses, vel etiam semissales, septunces, besses, dodrantes, dextantes, vel deunces. Sextantes sunt, quae sextam centesimae partem continent, seu duos aureos pro centum in sigulos annos, ita ut spatio quinquaginta annorum, aut sexcentorum mensium sortem adaequent. Usura quadrans, seu quarta centesimae tres aureos pro centum quotannis parit; atque sortem aequat annis tribus, mensibus quatuor, seu mensibus quadringentis.

(1) *L. Eos, qui principali* 26. §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 1005.

Trientes usuras appellant, quae dant tertiam centesimae partem, seu quatuor pro centum aureis in annos singulos; atque ita sortem aequant viginti quinque annis, seu tercentum mensibus: quincunces quintam centesimae reddunt, seu aureos quinque pro centum: semisses dimidiam centesimae, seu sex pro aureis centum, septunces aureos septem dant, besses usurae duos trientes continent, seu aureos octo pro centum in annos singulos; atque ita de caeteris dicendum.

§. 1006.

In jure aliquando etiam mentio fit usurae unciariae, seu unciae (1); quae autem unciariae nomine usura designetur, non omnes conveniunt: quidam putant, centesimam hoc nomine significari, quasi uncia, seu duodecima pars foeneris singulis mensibus solvi debeat, prout fit in centesima (§. 1003.): alii, et probabilius sentiunt, unciariam usuram esse duodecimam centesimae, quemadmodum sextans est sexta centesimae, quadrans quarta centesimae, et ita deinceps (§. 1004, et 1005.)

(1) *L. Titium* 47. §. *Praefectus* 4. *ff. de administrat., et peric. tutor.* (26. 7.)

§. 1007.

Praeterea usurae ab earum quantitate dividuntur in legitimas, et non legitimas: legitimae appellantur, quae modum a legibus definitum servant, seu non excedunt quantitatem legibus praefinitam: non legitimae sunt, quae ultra legum terminos progrediuntur (1). Quae autem apud Romanos usura legitima haberetur, non omnino constat: quidam putant, olim fuisse centesimam: usuras legitimas gravissimas fuisse constat ex pluribus Romanae jurisprudentiae fragmentis (2): quamquam et alicubi legitimae dicuntur usurae, quae in regione frequentantur (3); atque posterior haec significatio rationi convenientior est.

(1) *L. Si ea pactione* 14., *et* 15. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Tutor, qui repertorium* 7. §. *Pecuniae* 4., §. *Si deponi* 7., *et* §. *Quae autem* 10. *ff. de administration., et peric. tutor.* (26. 7.), *l.* 1. §. *Pacto* 3. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Eos, qui principali* 26. §. 1. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Idemque* 10: §. *Si procurator* 3. *ff. mandati* (17. 1.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod l. 4. tit. 32.

§. 1008.

Haec autem divisio usurarum in legitimas, et non legitimas generatim damnari non debet, prout Theologi quidam arbitrantur; cum enim et ipsi, et omnes fateantur, compensatorias usuras, non secus ac punitorias (1) recte exigi, quidam tamen modus harum esse debeat; nec permittendum, ut damnum emergens, vel lucrum cessans in immensum crescat: quia indefinitum hoc arbitrium in gravissimum publicae, et privatae rei dispendium vergere posset: atque ideo principes jure merito modum usurarum quantitati praescribunt (2), quem praetergredi non liceat, saltem in foro externo (3), nil vetat, quominus usurae quaedam legitimae dicantur, aliae non legitimae.

(1) *De quibus mox dicturi sumus.*

(2) *D. l.* 26 §. 1. *cod. hoc tit.*

(3) *De hac re plenius infra agemus, expendentes, an, et quousque liceat usuras ex mutuo percipere.*

§. 1009.

Usurae ex caussa, ob quam praestantur, dividi solent in compensatorias, punitorias, et lucratorias. Compensatoriae usurae appellantur, quae solvuntur in compensationem damni, quod mutuans patitur, vel lucri, quod amittit, quia pecunia mutuo data per aliquod temporis spatium caret. Punitoria est, quae praestatur a mutuatario ob moram ab ipso in reddenda sorte commissam (1). Demum lucratoria nominatur usura, quae praecise solvitur vi mutui, seu ex mero mutuationis officio, quin ulla compensationis, vel morae ratio haberi debeat.

(1) *L. Cum quidem* 17. §. *Si pupillo* 3. *in fin.*, *l. Mora fieri* 32. §. *In bonae fidei* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1010.

Usura potissimum lucratoria rursus tribui potest in expressam, seu, ut ajunt Theologi, formalem, et tacitam, quam iidem virtualem dicunt. Expressa est, quae ex vero mutuo, et manifesto percipitur: tacita, quae acquiritur sub specie alterius contractus, puta venditionis cariori pretio factae ob moram solvendi emptori concessam. Praetermitto divisionem usurae in realem, qualem dicunt, cum lucrum ex mutuo expresse, vel tacite in pactum deducitur; et mentalem, cum vere percipitur, sed absque ullo pacto; haec enim divisio nostri non est instituti, sed a Theologos pertinet.

§. 1011.

Postremo ratione habita rei, ob quam praestantur: aliae sunt usurae sortis, quae pro ipsa quantitate mutuo data praestantur: aliae usurarum, videlicet quae pro usuris non solutis penduntur, quatenus ex his nova sors fiat, quae priorem auget: atque postremae legibus ut plurimum invisae sunt (1), ut infra demonstrabimus.

(1) *L. Ut nullo modo* 28 *cod. hoc tit.*

CAPUT III.

An, et quibus in casibus usurae debeantur.

SUMMARIA.

Quaedam in foro externo a civilibus legislatoribus permittenda, seu tolleranda sunt, licet non omnino honesta. §. 1012.

Usurae tum ex conventione, tum officio judicis deberi possunt. §. 1013.

§. 1012.

Cum quaeritur, an, et quibus in casibus usuras accipere liceat, animadvertendum est, civiles legislatores quaedam interdum permisisse, vel passos fuisse majoris mali

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

vitandi caussa, licet undequaque honesta non essent. Quare de jure usurarum in hoc capite acturi, trademus, quae certiora sunt, et ab omnibus probantur.

§. 1013.

Sed, cum in mutuis, potissimum tacitis, seu palliatis usurae aliquando in stipulationem non deductae, officio tamen judicis ex mora, vel ex natura contractus, et aequitate adjudicentur, idcirco seorsim dicere praestat tum de vi stipulationis praestandarum usurarum, tum de jure petendi usuras etiam, quae speciali conventione promissae non fuerunt: atque duplex hujusce quaestionis caput duabus sectionibus expendemus.

Sectio I.

Quibus in casibus liceat de usuris pacisci.

SUMMARIA.

Usurae apud Romanos nonnisi ex stipulatione peti poterant: exceptis quibusdam casibus. §. 1014.

Usura sine justo titulo peti nequit, nec prodest transactio, aut sententia. §. 1015.

Usurae licite accipiuntur ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis. §. 1016.

Aequitas non patitur, ut officium in alterius gratiam susceptum damnosum sit. §. 1017.

Damni emergentis caussa favorabilior est lucro cessante: hujus tamen rationem haberi aequum est. §. 1018.

Damnum ex communi hominum opinione sentit, qui honesti, et probabilis lucri spem ammittit. §. 1019.

Usurae ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis in stipulatum deduci possunt, vel demonstrata quantitate, vel ratione habenda damni, quod emersisse, et lucri, quod vere cessasse, apparebit. §. 1020.

Usurarum ob damnum emergens, vel lucrum cessans certa quantitate statui non potest, nisi vere adsit periculum damni emergentis, vel lucri cessantis. §. 1021.

Damnum emergere debet, vel lucrum cessare praecise ex mutuo, non aliunde §. 1022.

Mutuans an prohibeatur usuras accipere titulo damni emergentis, vel lucri cessantis, si mutuam pecuniam ab amico habere possit? §. 1023.

Usuras ultra modum a legibus constitutum exigere licet ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis. §. 1024.

An id, quod interest, generatim ex legitimis usuris aestimari conveniat? §. 1025, *et* 1026.

Poena conventionalis an juste exigi possit etiam praeciso damno emergente, vel lucro cessante? §. 1027., *et* 1028.

Usurae punitoriae, seu quae a judice in poenam morae infliguntur, an juste percipiantur, quamvis creditoris non intersit? §. 1029.

Poena pecuniaria a judice in casum morae fisco addicta an solvi debeat? §. 1030.

An venditor usuras pretii sine interpellatione solvere teneatur, si res tradita sit, fides de pretio habita, et fructus ab emptore percipi potuerint? An id, quod interest, etiam exigi possit? §. 1031.

Cur res tradita esse debeat, atque fides de pretio habita, ut venditor pretii tardius soluti usuras consequatur? §. 1032.

Quid si evictio in limine contractus immineat? §. 1033.

Dato in solutum praedio pro certa summa, si pluris deinceps aestimetur, usurae augmenti debentur. §. 1034.

Usurae solvi debent pendente liquidatione, si creditum certum sit, nisi pecunia oblata, et deposita fuerit. §. 1035.

Obligatio, cum debitum incertum est, non retrotrahitur pro usuris ad sui initium: maxime in odium tertii. §. 1036.

Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Fructus rei pignoratae in sortem computantur, si creditor ex dilata solutione nec damnum passus sit, nec lucrum amiserit. §. 1037, *et* 1038.

Pignorum pro dote obligatorum fructus in sortem computare maritus non tenetur. §. 1039.

Venditio minore pretio celebrata propter pactum redimendi adjectum usuraria non est. §. 1040.

Usuras modicas cur permiserit Imperator Leo? 1041, *et* 1042.

Incommoda, quae ex hominum avaritia, atque improbitate proficiscuntur, justam non praebent usurarum permittendarum caussam. §. 1043.

Proponuntur argumenta, quibus usurarum patroni perperam probare contendunt, praeciso etiam damno emergente, et lucro cessante, easdem licitas esse. §. 1044, *et* 1045.

Usurae licite non petuntur pro beneficio, quod pretio non aestimatur. §. 1046.

Usurae besses, vel semisses longe excedunt aestimationem beneficii a mutuante in mutuatarium collati. §. 1047.

Mutuum dare aliquando tenentur divites ex praecepto charitatis. §. 1048.

Lucrum mere possibile, ex pecunia mutuo data percipiendum, justum titulum non praebet usurarum. §. 1049.

Non semper praesto sunt praedia, in quorum comparationem pecunia utiliter impendatur, aut merces venales viliori pretio emendae, et majori rursus distrahendae. §. 1050.

Mutuatarius potius ex sua industria, quam pecuniae, quae sua facta est, ope lucrum percipit. §. 1051.

Spes lucri mere possibilis in commercio non aestimatur, sed tantum probabilis. §. 1052.

Pecunia per se sterilis est, nec fructus parere potest. §. 1053.

Locatae res pereunt, et deteriores fiunt damno locatoris: pecuniae vero mutuo datae interitus ad mutuatarium pertinet. §. 1054.

Usura jure, quo utimur, prohibetur omnibus, sive palam, sive clam, expresse, vel tacite exerceatur. §. 1055.

Expenditur singularis species de muliere, quae prius jusserat, usuras a se perceptas restitui: tam poenituerat, postremo ad priorem voluntatem rediit. §. 1056, *et* 1057.

Haeredes justam defuncti voluntatem implere tenentur. §. 1058.

Voluntas in piam caussam facta, atque exonerandae conscientiae gratia, revocari non potest. §. 1059, *et* 1060.

Usuras accipere licet pro assecuratione sortis, si periculum illius amittendae vere subsit. §. 1061.

An usurae ex caussa publicae utilitatis tolerari, vel permitti possint a Principe Christianis, vel saltem Judaeis? §. 1062, *et* 1063.

Usuras erga alienigenas Judaeis olim permissas fuisse plerique defendunt. §. 1064.

Usurae Judaeis permittuntur, vel tolerantur ex caussa publicae utilitatis etiam in terris Ecclesiae. §. 1065.

Quid de usuris usurarum, et fructibus? §. 1066.

§. 1014.

Si Romanarum legum scita inspiciamus, usurarum promissio in judiciis stricti juris vim non habebat, nisi stipulatio intercessisset (1); ita ut ex solo pacto solutae utique retineri possent, ut pignora pro illis obligata, non autem actione proposita postulari (2): praeterquamsi frumentum, vel hordeum mutuo datum fuisset (3); quia haec mutuo dari soleant inter rusticos, seu plebejos stipulationum imperitos, et simplicitatem potius, quam verborum subtilitatem sectantes: vel pecunia a civitate (4), fisco (5), vel argentariis (6) credita fuisset, iisque promissae usurae, vel de pecunia

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

trajectitia ageretur (7); singulari civitatis, fisci, argentariorum, et commercii in pecunia trajectitia favore.

(1) *L. Quamvis usurae* 3., *l. Creditor* 7., *l. Pignoribus* 22. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3., *l. Per retentionem* 4., *d. l.* 22. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Frumenti* 12. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Etiam ex nudo* 30. *ff. hoc titul.*
(5) *L. Herennius* 43. *ff. hoc tit.*
(6) *Novell.* 136. *cap. Insuper* 5.
(7) *L. Periculi* 5. §. 1., *l. In quibusdam* 7. *ff. de nautic. foenore* (22. 2.)

§. 1015.

Verum, cum hodiernis fori moribus stipulationum ambiguitas sublata sit, atque passim receptum, ut ex nudo pacto actio nascatur (§. 782.), amplius non inquirimus, an ex pacto, an stipulatione promissae sint usurae (§. 912.), sed an ex justa caussa, seu justo titulo promissio facta sit. Quare de hisce titulis disputandum, ut innotescat, an pacta de usuris concepta vim habeant, nec ne; quippe, hisce titulis praescissis, neque transactio de usuris sustinetur, neque sententia transit in rem judicatam, si contractus vere usurarius sit, atque de vitio constet: nisi forte transactio sponte a debitore facta sit, et bona fide: libera autem transactio ex parte debitoris difficilius praesumitur, si sors adhuc soluta non sit: quamquam interea creditor in possessione retinendus est (1).

(1) *Cum divino, naturali, et canonico jure usurarius contractus prohibeatur. Osasc. decis.* 137. *num.* 6., *et seqq.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 8.

§. 1016.

Imprimis consentiunt fere omnes, ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis (1) usuras licite peti, et accipi a mutuante (2). Damnum emergere dicitur, cum creditor damnum patitur in rebus suis, quia pecunia mutuo data caret: puta si frumentum, vinum, et similia sibi, et familiae necessaria opportuno tempore comparare non possit; quo fiat, ut cariore pretio deinceps empturus sit: lucrum vero cessat, cum ex pecunia, quam mutuo dedit, emolumentum percepturus fuisset; puta in negotiationem, praedia urbana, aut rustica emendo.

(1) *Dummodo lucrum, quod cessat, honeste percipi potuerit.*
(2) *Couvaruias variar. resol. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 5.

§. 1017.

Usuras exigi posse ob damnum emergens, vel lucrum cessans aequitas ipsa demonstrare videtur: haec enim non patitur, ut damnosum sit beneficium, quod quis in alterum confert (1); nec alter cum alterius dispendio locupletior fiat (2); porro, si ex caussa damni emergentis creditor usuras stipulari non posset, ex beneficio suo damnum sentiret; sicut et damnum ex communi hominum opinione pati existimatur, qui lucri probabilis spem amittit, atque ideo spes haec emi, et vendi potest, prout dicitur de jactu retis (3): immo et in locatione praediorum rusticorum contingit, cum fructus, antequam cogantur, et reponantur, tot periculis, et cladibus obnoxii sint.

(1) *L. Ita tamen* 27. §. *Sed si eidem* 15. *in fin. ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.), *l. Absentia* 140. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)
(3) *L. Ex empto* 11. §. *ult. prop. fin.*, *et l. sequ. ff. de actionibus empti* (19. 1.)

§. 1018.

Neque justa ratione nititur, quod ait Faber, usuras quidem licite exigi pro damno emergente, non autem pro lucro cessante (1); quia, tametsi id, quod interest, etiam ex lucro cessante leges aestiment (2), attamen favorabilior sit caussa illius, qui damnum vitare intendit, quam qui lucrum captat (3); atque ideo christiana charitas

sinat utique, ut damni refectio exigatur, non lucri praerepti (4): quod enim unum altero favorabilior sit, non impedit, quominus utriusque ratio habeatur: sane inter debita quaedam sunt speciali favore digna prae aliis, puta alimentorum, dotis, omnia tamen exsolvenda sunt: atque christiana charitas exigit quidem, ut proximo subveniamus, non vero ut lucro honesto careamus, nisi proximus graviore indigentia prematur.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *Fab. cod. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 8. num. 8. in corp.*

(2) *L. Arbitraria 2. §. ult. in fin. ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.), *l. unic. cod. de sentent., quae pro eo, quod interest* (7. 47.)

(3) *L. Non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *Fab. d. defin. 8, allegat. 4.*

§. 1019.

Praeterquamquod damnum ex communi hominum sententia patitur, qui honestum, et probabile lucrum amittit: atque idem Faber, venditori usuras pretii fundi venditi absque ulla stipulatione deberi tradit in vicem fructuum (1): attamen venditor fructuum emolumento quidem caret, sed damnum non sentit. Profecto, si verum amamus, nihil refert, utrum quis careat fructibus fundi, quem prius possidebat, tum vendidit; an fructibus alterius fundi, quem utique nondum comparaverat, sed ex pecunia mutuo data statim comparare poterat.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 8. num. 2. in corp.*

§. 1020.

Porro usurae ex caussa damni emergentis, aut lucri cessantis duplici modo in stipulatum deduci possunt: nimirum vel demonstrata, seu taxata quantitate; vel generatim, quantitate neutiquam expressa, sed dimentienda ex damno, quod emerserit, vel lucro, quod creditor mutuans praetermiserit. In primo casu usurarum quantitas talis esse debet, ut damno, et lucro, seu damni periculo, et lucri spei respondeat, secundum communem hominum aestimationem: ita ut inter contrahentes aequalitas servetur; atque creditoris quidem indemnitati prospectum sit, non amplius. In altero casu res ab incerto futuro eventu pendet.

§. 1021.

Aliud quoque discrimen est inter utrumque casum: cum quantitas usurarum propter damnum emergens, vel lucrum cessans statuitur, damni periculum, aut lucri spes vere adesse debet, non facile, et temere fingi: posito vero ex communi hominum aestimatione periculo, vel spe, nihil interest, utrum vere damnum passus sit creditor ex mutuo dato, vel lucrum amiserit, nec ne; quia tum periculum, tum spes per se pretio aestimantur (1): quod si usurarum pactum ad id, quod interest, atque deinceps interesse constabit, reducatur, nihil debebitur, si nec damnum contigerit, nec emolumento caruerit mutuans.

(1) *L. Arbitraria 2. §. ult. ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.)

§. 1022.

In utroque tamen casu requiritur, ut damnum emergat, vel lucrum cesset praecise ex mutuo, non aliunde; alioquin nulla esse potest compensatio, propter quam usurae praestentur. Hinc, si ille, qui mutuam pecuniam credit, tamquam praediis comparandis, vel negotiationi destinatam, aliam habeat, qua non indigeat, quamque otiosam non servaret diligens, et providus alter paterfamilias, usuras exigere nequit; quia ex hac potuisset damnum vitare, vel lucrum acquirere. Idem dicendum de eo, qui pecuniam, quam mutuo dedit, neque in emptionem praediorum, nec in negotiationem erogare statuerat; quia nec hic damnum ex mutuo sentit, aut lucrum amittit.

§. 1023.

Sed quid dicendum, si ille, qui pecuniam negotiationi, vel alii honesto lucro destinaverat, eamdem summam, quam mutuo dedit, facile possit ab amico habere sine

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 32.

usuris? Sunt, qui putant, foenus ab eo exigi non posse, quia non videatur damnum sentire ex mutuo dato: quia tamen non raro minus grave est usuras solvere, quam alteri se ob hujusmodi beneficium obstringere, sentiunt alii, mutuantem minime cogendum, ut pecuniam ab alio quaerat, etsi eam facile, et gratis consecuturus sit; atque usuras ex mutuo tamquam in damni, vel lucri amissi compensationem licite percipere.

§. 1024.

Ex his patet damni emergentis, vel lucri cessantis nomine licite usuras exigi ultra modum a legibus constitutum: seu, ut congruentius loquamur, exigi posse id, quod interest, ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, quamvis usurarum legitimarum modum excedat: atque hoc etiam probari potest constitutione Justiniani, qua praescribit, ut in casibus certis, seu in quibus agitur de certa quantitate, vel re, puta si venditus fuerit equus, vel fundus, non tamen traditus, atque inde emptor damnum passus sit, vel lucrum amiserit, in casibus, inquam, certis, id, quod interest, duplum minime excedat (1). Cum ergo in mutuo certa quantitas sit, usque ad duplum praestandum cogi potest mutuatarius (2).

(1) *L. unic. cod. de sentent., quae pro eo, quod interest, proferunt.* (7. 47.)

(2) *V. infra* §. 1144. *ad* 1146.

§. 1025.

Verum, cum id, quod interest, utpote in facto consistens (1), difficillime aestimetur (2), idcirco, facta promissione ejus, quod intererit creditoris, nisi ad diem pecunia solvatur, sic interpretamur, ait Faber, conventionem, ut usurae promissae videantur, et quidem quincunces (3), quia leviores, et apud nos frequentantur (4). Hodie apud nos, ne lites ex litibus fiant, usurae legitimae solent adjudicari, licet non probato damnó emergente; vel lucro cessante (quod praesumitur) etiam in judicio, ut ajunt, concursus creditorum; quamvis alii creditores inde damnum passuri sint (5).

(1) *L. Quatenus* 24. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. ult. ff. de stipulationib. praetor.* (46. 5.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 7. *in princip.*

(4) *Fab. ibid. allegat.* 2. *Quod autem subjicit Faber ibid. num.* 2. *in corp., Senatum ita aestimare id. quod interest, licet creditor non probet, sua interesse, ne dum tanti, ipsemet deinceps rejicit; ait enim ibid. definit.* 24. *allegat.* 1. *in fin. Senatum ita arbitrari, cum certum est interesse: praeterquamquod in specie definit.* 7. *interesse certum erat, cum de venditione ageretur, prout refert idem Faber in d. definit.* 7. *num.* 10. *in corp.; atque ideo Senatus Pedemontanus, si Thesauro credimus, in poena conventionali desiderare solet, ut id, quod interest, a creditore probetur. V. infra* §. 1028.

(5) *Fab. d. defin.* 7. *alleg.* 2.

§. 1026.

Quaedam in hac re animadvertenda sunt. Imprimis, quod tradit Faber de aestimatione ejus, quod interest, ad usuras, optima quidem ratione nititur, atque facile recipiendum, ne nullus sit litium finis; si tamen creditor certo probare possit, quanti sua interest, puta si usurae debeantur in vicem fructuum fundi venditi, cessat judicis arbitrium, atque revera adjudicandum est, quanti interest, cessante arbitrii fundamento: 2. Quod ait idem Faber (§. praeced.) de usurarum quantitate, locum habet in illis regionibus, in quibus tales usurae communes sunt; quod si forte alibi graviores, vel leviores praestentur, ex regionis consuetudine usurarum quantitas statui debet, prout innuit ipsemet Faber (1).

(1) *Fab. d. definit.* 7. *allegat.* 2. *lib.* 4. *tit.* 24.

§. 1027.

Inst. l. 3. tit 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Quinimmo sentiunt aliqui Theologiae doctores, mutuantem posse stipulari usuras a mutuatario in casum morae, easque jure percipere, nulla damni emergentis, aut lucri cessantis habita ratione, quia poena haec conventionalis justo fundamento nitatur; videlicet ut consulatur firmitati contractus, atque indemnitati mutuantis, qui alioquin statuto tempore pecuniam suam recepturus non esset; si modo non nimia sit (1).

(1) *L. Cum allegas* 15., *et l. seq. cod. hoc tit.*

§. 1028.

Poena ergo conventa secundum ipsos debetur, si immodica non sit, habita ratione quantitatis mutuo datae, atque morae ad solvendum concessae: immodica autem in jure dicitur, quae legitimum usurarum modum excedit (1): verum, secluso damno emergente, et lucro cessante, neque hanc poenam deberi, censuit olim Senatus (2); quia alioquin in fraudem usurarum poena haec adjecta dijudicari debeat, nec facile admittendae sint poenales hujusmodi stipulationes, ne contractibus usurariis via aperiatur.

(1) *L. Poenam* 44. *ff. hoc tit., d. l. Cum allegas* 15., *et l. seq. cod. hoc tit.*

(2) *Thesaur. d. decis.* 89. *num. ult.* ✠

§. 1029.

Idem (§. 1027.) tradunt de usuris punitoriis, seu quae infliguntur a judice in poenam morae a debitore commissae: nimirum recte exigi, et percipi a mutuante, licet nec damnum ex dilata solutione senserit, nec lucrum amiserit; quia poena culpam quidem supponat, atque judex poenam decernens morosum debitorem coercere intendat potius, quam creditori favere; usurae enim, ait Paulus, non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur (1): atque Paulo consentit Marcianus (2): alii tamen poenam hanc non deberi sentiunt, nisi creditoris intersit, seu damnum ex dilata solutione passus sit (3): posterior sententia placuit Senatui nostro, nimirum poenam hanc solvendam non esse, nisi quatenus interest creditoris (4).

(1) *L. Cum quidam* 17. §. *Si pupillo* 3. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *L. Mora fieri* 32. §. *In bonae fidei* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *Thesaur. decis.* 79. *num.* 1. ✠, *et decis.* 98. *in princip.*

(4) *Thesaur. d. decis.* 79. *num. ult.* ✠

§. 1030.

Disputat Thesaurus, utrum fisco debita sit poena, quam judex in casum morae a mutuatario commissae fisco addixerit: re autem bene discussa, atque aequitate prae oculis habita, pronunciavit Senatus, neutiquam deberi (1), sicut nec debetur mutuanti, si nec damnum passus sit, nec lucrum amiserit ob dilationem solutionis (d. §. 1028.); his autem rationibus motus fuit Senatus: 1. Quia poena haec nonnisi ex caussa deberi potest: proinde, cum privato, cujus, ut supponimus, non interest, minime debeatur (§. 1028.), nec fisco debetur (2): 2. Quia hujusmodi poena, quamvis ex stricto jure praestanda esset, aequitate tamen inspecta, ex quo actoris non interest, remitti oporteret (3): 3. Quod poena haec accessoria sit ejus, quae creditori addicta fuit: cum ergo creditor, cujus non interest, poenam nullo jure petat, nec fisco petitio competere potest. (4).

(1) *Thesaur. decis.* 98. *num.* 3. ✠

(2) *Argum. l. In facto* 60. §. 1. *ff. de conditionib., et demonstrat.* (35. 1.)

(3) *L. Ex quacumque* 2. §. 1. *ff. Si quis in jus vocat. non ierit.* (2. 5.)

(4) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1031.

Jam innuimus (§. 1019.), venditori post moram deberi etiam sine pacto usuras pretii rei venditae (1); quia aequum non est, ut et rei fructibus, atque usuris pretii careat (2): adeoque hic nulla requiritur interpellatio, cum ex ipsa contractus natura,

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

et negotii aequitate usurae debeantur (3): si modo res tradita sit, fides de pretio habita, atque emptor fructus percipere potuerit, licet prae negligentia non perceperit (4); nam culpa, aut negligentia emptoris venditori nocere non debet. Non tamen competit venditori, subjicit Faber, actio adversus emptorem, tametsi in mora solvendi constitutum, ut praeter usuras consequatur id, quod interest, pretium sua die solutum non fuisse; licet solitus sit negotiari, atque lucrum ex negotiatione percipere; nisi certo probet, se damnum ex dilata solutione passum fuisse, vel lucrum amisisse (5); etenim, cum negotiatio res plena periculi sit, atque incerti eventus, facile non debet gravari emptor duplici praestatione, usurarum, atque ejus, quod interest (6): quamquam si de damno dato, vel lucro praerepto certo constet, aequum est, venditori innoxio potius, quam moroso emptori succurri, prout judici singulis pensatis videbitur (7).

(1) *Argum. cap. Salubriter* 16. *extra Decret. Greg. de usuris* (5. 19.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 8. *num.* 2. *in corp., et definit.* 1., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Curabit* 5. *cod. de action. empt.* (4. 49.)

(3) *D. l.* 5. *in fin.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 35. *num.* 2. *in corp.*

(5) *Fab. cod. hoc tit.* 24. *d. defin.* 35. *num.* 8., *et* 9. *in corp.*

(6) *Argum. l. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.), *l. unic. cod. de sentent., quae pro eo, quod interest* (7. 47.)

(7) *D. l. unic. cod. de sentent. etc.*

§. 1032.

Diximus, usuras pretii adjudicandas venditori odio emptoris, si is rem tradiderit, et fidem de pretio habuerit (§. 1030.); cum enim dominium in emptorem non transferatur, nisi simul res tradita sit (1), atque fides de pretio habita (2), venditori competit repetitio fructuum, utpote ex re sua perceptorum: nisi malit, fructus emptori dimittere, atque pretii usuras consequi in eo casu, quo res tradita sit, nec fides de pretio habita (3); cum venditori licere debeat, etiam ex post facto, fidem de pretio habere, atque ita efficere, ut res vendita in emptoris dominium transferatur.

(1) §. *Quum autem* 3. *in fin. instit. de emption., et vendition.* (3. 24.)

(2) *L. Quod vendidi* 19. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 35. *num.* 10., *et seqq. in corp.*

§. 1033.

Sed quid juris, si emptor justam habeat ab initio contractus caussam non solvendi; puta quia statim immineat periculum evictionis, nec tamen venditor de ea idonee caveat? Sunt, qui putant, emptorem ab usuris immunem esse; tutius tamen faciet, si pecuniam obsignet, ne et rem, et pretium simul habuisse dicatur (1): quo sane casu venditori imputatur, cur pretium non receperit, idque in sui utilitatem impenderit. Quamquam venditor, qui de evictione non satisdat, petere potest, ut pecunia honesti lucri caussa apud virum probum, puta mercatorem, deponatur: et vicissim venditor paratum se exhibere potest ad eam deponendam penes mercatorem, quem venditor demonstraverit: atque, cum diligentia venditoris depositarius exquiri debeat, non prius emptor in mora positus judicatur, quam inventus, atque oblatus sit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 35. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. d. definit.* 35. *allegation. ult.* ✠

§. 1034.

Disputat Thesaurus, utrum, dato in solutum praedio pro certa summa, puta aureis mille: adjecta conditione, ut si intra annum pluris aestimetur, emptor, quod deest, justo pretio supplere teneatur: atque deinceps praedium mille quingentis aureis aestimetur, emptor ad quingentorum usuras intra eundem annum teneatur. Affirmantium sententia Senatui placuit (1): et merito; ut enim modo diximus (§. 1031.), usurae

pretii non solvuntur propter moram emptoris, sed ex ipsa negotii indole, quae postulat, ne emptor rei fructus simul, et pretii habeat (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *Thesaur. dec.* 258. *num.* 1. ✠

(2) *D. l. Curabit* 5. *cod. de actionib. empti* (4. 49.)

§. 1035.

Sed debenturne usurae creditori pendente liquidatione, ut ajunt, crediti? Distinguendum est: vel creditum certum est, vel incertum. Si debitum certum sit, prout in casu modo allato (§. praeced.), venditionis, mutui, et similium, obligatio ad sui initium retrotrahitur; atque ideo debentur usurae, nisi debitor pecuniam obtulerit, et deposuerit, adjecta cautione supplendi, quod deest (1); quippe oblationis. atque obsignationis is effectus est, ut sistat cursum usurarum (2), ne alioquin debitor, cui nec culpa, nec mora potest imputari, invitus cogatur usurarum dispendium sustinere.

(1) *Thesaur. d. dec.* 258. *in addition. littera* A ✠, *et quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 71. *num.* 4.

(2) *L. Si per te* 9. *in fin.*, *l. Acceptam* 19. *cod. hoc tit.*

§. 1036.

Quod si debitum incertum sit, et illiquidum, censuit Senatus, usuras illius non deberi, antequam a judice declaratum fuerit, et liquidatum (1); quia debitor antea nullo modo dici potest in mora; nec negotii omnino incerti aequitas postulat, ut solvantur usurae, atque obligatio ad sui initium retrotrahatur. Haec autem jurisprudentia, scite monet Thesaurus, multo magis obtinere debet, si agatur de beneficio tertii, seu ne obligatio retrotrahatur in odium tertii: atque hinc colligit Thesaurus, si posterior creditor offerat debitum priori, facta illius liquidatione, atque interim deponat certam summam, et caveat, se suppleturum, quod forte deerit, sistere cursum usurarum, ita ut post depositionem pecuniae amplius non debeantur, quamvis offerre teneatur debitum cum usuris (2).

(1) *Thesaur. d. dec.* 258. *in additionibus littera* A ✠, *et quaestion. forens d. lib.* 3. *quaest.* 71. *num.* 2., *et* 3. ✠.

(2) *Thesaur. d. decis.* 258. *in additionibus littera* A *in fin.*

§. 1037.

Ex his facile solvi potest quaestio, utrum fructus rei pignoratae ad mutuantem spectent, an in sortem computandi sint. Si ex civilium legum sanctione quaestio dijudicetur, certum est computari (1), nisi expresse aliud conventum sit (2): hanc quippe conventionem sustineri posse, censuerunt civiles legumlatores propter fructuum incertitudinem (3); ita ut nec corruat, licet fructus legitimarum usurarum modum excedant; quia potius fundus minori pretio locatus dici debeat, quam usurarum immodicarum facta conventio (4).

(1) *L.* 1., 2., *et* 3. *cod. de pignoratitia action.* (4. 24.)

(2) *L. Si ea pactione* 14., *l. Si ea lege* 17., *l. Pignoribus* 22. *cod. hoc tit.*

(3) *D. l.* 17. *cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 14. *cod. hoc tit.*

§. 1038.

Verum, cum usurae nonnisi ex caussam damni emergentis, vel lucri cessantis permittantur, jure canonico recte decretum est, ut fructus pignoris non obstante contrario pacto, in sortem computentur (1): atque hujus sanctionem olim amplexi sunt piissimi Senatus Pedemontani Patres (2); exceptionem tantummodo admittentes in eo casu, quo creditoris tanti intersit, quanti valent fructus (3). Sed de hac re fusius infra, cum de pignoribus verba faciemus.

(1) *Cap. Illo vos* 4. *extra Decret. Greg. de pignorib.* (3. 21.), *cap.* 1., *et* 2. *extra de usuris* (5. 19.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(2) *Thesaur. dec.* 78. *num.* 3. ✠

(3) *Thesaur. ibid. num.* 4. ✠, *Osasc. dec.* 143. *num. ult.* ✠

§. 1039.

Ergo, cum creditoris interest, pecuniam sua die solutam non fuisse, fructus pignoris jure retinet (§. praeced.): quo fundamento etiam jure pontificio traditur, maritum retinere posse fructus pignorum pro dotis securitate obligatorum, nec in sortem computari debere; quia dotis caussa maxime onerosa est, et plerumque fructus non sufficiunt ad sustinenda matrimonii onera (1), pro quibus dos datur (2).

(1) *L. Salubriter* 16. *extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)

(2) *L. Dotis fructum* 7. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Pro oneribus* 20. *cod. eod. tit.* (5. 12.)

§. 1040.

Neque etiam usurarius est contractus venditionis, quo minore pretio res alienata sit, sed quia pactum retrovendendi adjectum fuit (1); etenim ex communi hominum aestimatione minus valet res, de qua emptor intra certum tempus pro arbitrio disponere non potest; et quam etiam invitus restituere compellitur: adeoque pretii deminutio ex justa omnino caussa fit; non in fraudem usurarum. Aliud profecto dicendum, si res pluris venderetur, propter concessam pretii solvendi dilationem (2); ut jam adnotavimus (§. 1010.): quamquam et in hoc casu habenda est ratio fructuum, quos emptor interim percipit, et pro quibus ad usuras tenetur (§. 1030.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 28.

(2) *Cap. In civitate* 6. *extra Decret. Greg. de usuris* (5. 19.)

§. 1041.

Sed extra enumeratos casus, nimirum in quibus damnum mutuanti emergat, vel lucrum cesset, usurae juste peti non possunt (1), cum divino aeque, ac canonico jure prohibeantur (2): prout ipse fatetur Imperator Leo; quamquam propter hominum avaritiam, et improbitatem trientes usuras permittendas duxerit: postquam enim conquestus est de hominum malitia, qui nec divinas, nec humanas leges servare volunt (3), ita subjicit: *quae vocantur pecuniae creditae usurae, ubique a Spiritus* (nempe Dei) *decreto* condemnantur (4): nec tantum divina lege, sed et humana usuras prohiberi fatetur idem Imperator; prosequitur: *id sciens pater noster, aeternae memoriae princeps, usurarum solutionem sanctione sua prohibendam putavit* (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 8. *in princip., Perez. in cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 32. *num.* 6.

(2) *Cap.* 1., *et* 2., *cap. Super eo* 4., *et passim extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.). *V. Exod. cap.* 22. *Deuteronom. cap.* 23., *Lucae cap.* 6.

(3) *Constit. Leon.* 83. *ut ad trientes usuras pecunia licite mutuetur.*

(4) *Dict. Novell. Leon.* 83. *fer. in princip.*

(5) *D. Novell.* 83. *fer. in med.*

§. 1042.

Hisce non obstantibus, censuit Imperator Leo, usuras modicas, seu trientes, ex specialibus rerum, et personarum adjunctis, permitti, seu potius tolerari posse, tamquam minus malum: videlicet quia illi, qui antea usurarum spe ad mutuandam pecuniam prompti fuerant, post latam legem, quod nihil lucri ex mutuo percipere possint, in eos, qui pecuniis indigent, difficiles, atque immites sunt; breviter propter redundantem in humana vita perversitatem (1). Ex quibus fundamentis sanctissimas leges abrogandas duxit: ex quo patet, Leonem non sponte omnino, sed invitum, et cogente necessitate, ut ipse putabat, usuras permisisse.

(1) *Dict. Const. Leonis* 83. *in med.*

§. 1043.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 32.

Ergo nullum ex Leonis constitutione (1) praesidium habent, qui usuras tuentur; atque merito Ecclesiae legibus reprobata est (2); quod autem divina lex prohibet, scite ait Summus Pontifex Alexander III., humana lex permittere non potest (3). Perperam vero objicitur, usuris prohibitis futurum, ne mutua pecunia haberi possit; atque ita, ne cives suis necessitatibus consulere valeant; nam incommodum hoc non ex prohibitione usurarum, sed ex hominum improbitate, et avaritia proficiscitur, prout ipse agnovit Leo Imperator (§. 1042.): avaritia autem, et duritia divitum justa caussa esse nequit, cur contra divinam legem fieri permittatur (4). Potius ergo hortandi sunt divites ad mutuo dandum absque usuris, quoties nec damnum patiuntur, nec lucrum amittunt.

(1) *D. Constit. Leonis* 83.

(2) *Cap. Quia in omnibus* 3., *cap. Quanto amplius* 18. *extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)

(3) *Cap. Super eo vero* 4. *extra eod. tit.*

(4) *D. cap.* 4. *extra de usur.*

§. 1044.

Quod autem usurarum patroni objiciunt, ut probent, usuras modicas saltem a divitibus exactas reprobandas non esse, nullo negotio solvitur: ajunt nempe, prohibendum non esse mutuantem, quominus pro beneficio, quem mutuatario praestat, usum nummorum, vel alterius rei fungibilis concedendo, quemadmodum in commodato pro usu rei minime fungibilis, aliquam compensationem percipiat; ita ut usurae, etiam preciso damno emergente, vel lucro cessante, videri non debeant lucratoriae, sed compensatoriae, quatenus cedentes in compensationem lucri, quod mutuans ex usu pecuniae parare sibi potuisset (1).

(1) *Ita ratiocinatur, Voet commentar. in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 4. *fere in princip.*

§. 1045.

Addunt, moderatas usuras pro pecunia mutuo data ex conventione praestandas neque juris naturalis principiis, aut aequitati, nec aequalitati in contractibus servandae repugnare; quia liberum fuit nummorum domino praedium inde rusticum comparare, atque fructus percipere; aut urbanum emere, eoque uti: vel utrumque tam urbanum, quam rusticum alteri certa mercede utendum concedere: vel merces venales ex ea pecunia acquirere, cum lucro rursus aliis vendendas (1): dum ergo, subsumunt, per mutuum concesso alteri nummorum suorum usu mutuans lucri varie captandi facultate se privat, aliisque lucrandi occasionem praebet; quidni ab iis jure paciscatur usuram legitimam, eamque certam, incerti lucri, sed tamen pretio certo aestimari soliti, vicem suppleturam (2)?

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *d. num.* 4. *in princ.*

(2) *Voet d. num.* 4. *fere in med.*

§. 1046.

Aliis insuper argumentis sententiam suam firmare conantur, quae inferius expendemus, atque nullo niti robore aeque ac modo proposita demonstrabimus. Imprimis falsum est, usuras licite peti pro mutuo, quatenus beneficium est a mutuante in mutuatarium collatum; etenim beneficium hoc, si inde mutuanti damnum nullum immineat, ex eorum numero est, quae ad mutua inter cives officia pertinent, quaeque pretio aestimari nequeunt: sane actum pene est de civili societate, si nullum amplius gratuitum sit inter cives officium: atque hoc prae caeteris gratis exhibendum est, cum mutuans tantumdem sit recepturus absque ulla deminutione: contra quam contingit in commodato, in quo res perit, et deterior fit commodanti, si commodatario culpa imputari nequeat (1): attamen ex natura sua gratuitum est (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 12. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) §. *Item is, cui 2. princ. instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. 2. *in fin.*

§. 1047.

Praeterquamquod, etiamsi ultro concederemus, beneficium a mutuante collatum pretio aestimari, haec tamen aestimatio longe distaret ab usuris bessibus, vel sexuncibus, quas moderatas appellant earum defensores (1): immo et a quincuncibus, vel trientibus, quae passim in usu sunt. Ergo mutuanti sufficere debet, si pecuniam creditam recepturus omnino sit, neque antea illius periculum subeat: atque mutuatarium ex aequitate ad remunerandum obligatum habeat; non stricta, et civili obligatione, sed lata, et antidorali, ut ajunt, seu remuneratoria.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 3. *in princip.*

§. 1048.

Sed, inquiunt, mutuans ad mutuandum non tenetur; ergo pro usu pecuniae usuras percipere potest: maxime quia lucrum aliquod ex praediorum comparatione, vel ex negotiatione percipere potuisset. Mutuans utique civiliter non adstringitur ad pecuniam mutuo dandam: sed naturaliter, atque ex praecepto charitatis saepe tenetur: quemadmodum enim illis, qui pauperes sunt tum spe, tum re, gratis dare jubemur, ita illis, qui re pauperes hic, et nunc sunt, sed divites spe, seu deinceps habituri, unde restituant, mutua pecunia danda est: usus autem pecuniae, uti jam demonstravimus (§. 1046.) usurarum compensationem non meretur, cum mutuatarius interim subeat illius periculum, et suo tempore tantumdem omnino restituturus sit.

§. 1049.

Fallax est, et captiosum argumentum, quo subjiciunt, mutuantem carere lucro, quod percipere potuisset ex praediorum comparatione, aut negotiatione: vel enim loquuntur de lucro probabili, seu cujus comparandi spes probabilis affulgeat, vel de lucro mere possibili: prius justam praebet caussam petendi usuras ex mutuo, ut saepe diximus (§. 1016., et 1017.): non item posterius, utpotecujus ex communi hominum sensu nulla est aestimatio.

§. 1050.

Cum ergo ajunt, ex pecunia mutuo data potuisse praedia comparari, negotiationem exerceri, merces venales emi, atque aliis rursus cum lucro vendi (1), vel speciem fingunt, qua pecuniae dominus nummos in emptionem, vel civilem negotiationem impendere destinasset, vel qua pecuniam, si mutuo data non fuisset, otiosam servasset: in primo casu usurae recte petuntur ex caussa lucri cessantis; in posteriore non item; neque enim judicatur lucrum amitti ab eo, qui de hoc lucro captando non cogitabat. Sane sibi, et mutuantibus blandiuntur, cum supponunt, pro nutu semper praesto esse praedia, in quae utiliter impendatur pecunia; vel merces venales ictu oculi emendas, et cum lucro rursus aliis vendendas; cum immo non raro contingat, ut viliore distrahi debeat pretio, quod majore comparatum fuit; immo et aliquando sors ipsa periculum subeat.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *num* 3.

§. 1051.

Nec usurarum patronis favet, quod mutuans mutuatario forte praestet lucri occasionem (§. 1045.); etenim mutuatarius ex re plane sua lucrum percipit, atque potius ex sua industria, quam ex pecunia, licet illius ope; etenim pecunia per se nullis gignendis fructibus apta est: praeterquamquod mutuatarius, dum ex pecunia emolumentum quaerit, illius etiam amittendae, ne dum lucri periculum subit: ergo aequalitas in contractibus servanda postulat, ut lucrum omne debitori acquiratur, sicut quemcumque rei interitum sustinere cogitur (1).

(1) *Argum. l. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 27.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1052.

Incertum porro, et mere possibile lucrum pretio non aestimatur, ut perperam contendit Voet (1); sed tantum probabile prout attendenti patet; nemo enim sanae mentis confidit in lucro mere possibili. Spem sane incertam certo acquiri pretio posse fatemur, prout contingit in conductione praedii rustici (2), emptione jactus retis, et similium (3): sed spes lucri in hisce contractibus probabilis est, et justo pretio aestimatur: atque hinc ab illis ad usuras foenebris pecuniae non licet argumentari.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 22. tit. 1. d. num. 4. prop. fin.*

(2) *L. Nec emptio 8. in princip. ff. de contrahen. emption.* (18. 1.)

(3) *D. l. 8. §. 1., l. Ex empto 11. §. ult. in fin. ff. de actionib. empti* (19. 1.)

§. 1053.

Alienum quoque a veritate est, quod allegant, pecuniam, etiamsi natura sua sterilem, nec gignendis fructibus idoneam, usu hominum fertilem effectam esse, adeout in ea ususfructus improprius consistere possit (1). Etenim fructus ex hominum industria, non ex pecunia, quamquam illius ope, prodeunt, ut modo diximus (§. 1051.); proinde, si qui percipiantur, ad eum spectare debent, qui solertiam adhibet: maxime quia non raro fallit praeconcepta lucri spes; atque non tantum industriae fructus, sed et sors ipsa amittitur.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib. 22. tit. 1. d. numer. 4. prop. fin.*

§. 1054.

Postremo falsa est comparatio mutui cum locatione; pecunia utique, licet non eadem, quae tamen eadem esse existimatur, quia eamdem parit utilitatem, ad mutuantem redit, quemadmodum usus rerum minime fungibilium post tempus locationi, et conductioni praefinitum ad locatorem revertitur (1): atque in hoc mutuum, et locatio conveniunt; sed maxime differunt in eo, quod domus locata interim periculo est locatoris, qui illius dominium retinet: contra nummi pereunt damno mutuatarii, qui illorum dominus effectus est: proinde et lucrum omne habere debet; ut servetur juris naturalis regula, quae rei commoda ab incommodis secerni non patitur (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 22. tit. 1. num. 4. in fin.*

(2) *D. l. Secundum naturam 10. ff. de reg. jur.*

§. 1055.

Hinc jure, quo utimur, usura omnibus prohibetur, sive palam, sive clam, expresse, vel tacite exerceatur, sub poena publicationis bonorum, et damnorum refectionis (1): atque merito pronunciavit Sabaudus Senatus, usuras a defuncto absque justo titulo perceptas ab haeredibus restituendas esse, si defunctus semel ita statuerit, licet deinceps voluntatem mutaverit. Species haec proposita fuit: nobilis foemina, quae magnam pecuniae quantitatem corrogaverat, cum toto fere vitae suae tempore foenus exercuisset, in extremis constituta, atque a religioso confessario persuasa, ut animae saluti jam periclitanti consuleret, accersito notario, atque praesentibus testibus septem declaraverat velle se in exonus conscientiae, ut usurae omnes, quas a debitoribus suis percepisset, iisdem haeredes restituerent: nec petere possent, si quid forte nondum solutum hoc nomine fuisset: nemine tamen ex debitoribus stipulante, imo nec praesente.

(1) *Reg. Constit. lib. 4. tit. 34. cap. 14. §. 1.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 36. in princip.*

§. 1056.

Sequenti die, eodem vocato notario, atque adstante solemni testium numero declaraverat, se prioris voluntatis poenitere; nec caussam ullam habere, propter quam suis haeredibus tantum infligeret damnum, ut prodesset debitoribus, a quibus nullum unquam beneficium acceperat: sed mox ab eodem confessario admonita, ut de salute

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 32. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

animae serie, et ante omnia cogitaret, redierat ed primam voluntatem, atque expressim praeceperat haeredibus, ut rogarent debitores, a quibus ipsa vivens usuras perceperat, ut liberaliter illas defunctae condonarent: quod si id obtinere a debitoribus non possent, jusserat, haeredes omnia lucra foenebria restituere ad ultimum usque quadrantem: atque in eadem voluntate eo ipso die post paucas horas mulier decesserat (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 24. d. definit. 36. fer. in princip.*

§. 1057.

Defuncta muliere, cum haeredes urgerentur a debitoribus, qui usuras per plures annos graviores, vel leviores solverant, ut easdem ex defunctae voluntate restituerent; negabant haeredes se teneri ad restituendas usuras, quas mulier intra modum legibus constitutum, vel toleratum perceperat, in his juris auxilio munitos se esse contendentes: praeterquamquod subjiciebant, liberalitatem hanc a muliere per debitorum fraudes extortam fuisse, prout ex mutata toties voluntate colligi facile poterat: defunctam sollicitatam a confessario, ipsis forte debitoribus clam instantibus, ita statuisse potius quam certo voluntatis consilio, aut pietatis zelo (1); cum nemo tam facile credatur mutasse voluntatem in eo, quod certo judicio prius decrevit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 36. num. 1., et 2. in corp.*
(2) *L. Non ad ea 89. ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 1058.

Hisce tamen non obstantibus, Senatus pro debitoribus adversus haeredes pronunciavit, atque censuit, contra defunctae voluntatem haeredes facere, nec non parum pie, si non restituerent usuras omnes, quarum perceptione defuncta conscientiam suam onerassset: in quarum numero dubitari non oportebat, quin omnes eae essent, quae foeneris jure censebantur, seu quae absque legitimo damni emergentis, vel lucri cessantis titulo accipiuntur (§. 1041.), etiamsi quincunces tantum, aut etiam quincuncibus minores proponerentur (1); cum omnes divino, et canonico jure prohibeantur: nec inspiciendum esset, quaenam jure civili tolerarentur, sed quaenam licitae in foro conscientiae, et quaenam illicitae (2), tum quia jus civile usuras utique tolerat, non vero permittit (3); tum quia defuncta mulier non ad jus civile, sed ad conscientiam respexerat (§. 1055.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 36. num. 3. in corp.*
(2) *Fab. d. defin. 36. num. 4., et seqq. in corp.*
(3) *Fab. ibid. allegat.* 5.

§. 1059.

Neque visum fuit Sabaudis Patribus, rationem habendam esse secundae voluntatis (1), tum quia haec per tertiam revocata fuerat (§. 1056.); tum quia autem voluntas priori praevalet (2); tum quia anterior, utpote facta in piam caussam exonerandae conscientiae gratia, revocari nullatenus potuisset, tametsi usurarum restitutio imperata fuisset per speciem ultimae voluntatis, non donationis inter vivos (3); cum relictum pro male ablatis non videatur datum liberalitatis exercendae caussa, sed ut debitum: atque ideo dispositio haec vim habet confessionis debiti, seu debiti, ut ajunt, confessati (4). Quid vero indignius, subjicit idem Faber, quam propitiis auribus audiri haeredes, qui, ne conscientiam defunctae exonerarent, propriam onerare non erubescerent (5).

(1) *Fab. cod hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 36. num. 8., et seqq. in corp.*
(2) *L. Si mihi, et tibi 12. §. ult. ff. de legat. 1.* (30. 1.)
(3) *Fab. d. definit. 36. num. 8., et 9. in corp.*
(4) *Fab. d. definit. 36. num. 10. in allegat.*
(5) *Fab. d. definit. 36. num. 16. in corp.*

§. 1060.

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Neque Senatum movit allata ab haeredibus ratio, quod usurae perceptae viderentur vice ejus, quod interesset, a defuncta, quae, si sortem exegisset, bona pleraque ex suis nummis comparare, eorumque fructus licite percipere potuisset (1); ut enim scite animadvertit Faber, idem de pecunia qualibet foeneratitia affirmari posset, atque ita fieret, ut foenus omne saltem moderatum, licitum dici deberet in foro conscientiae, quod tamen Theologi nunquam admitterent (2). Sane usuras juste a defuncta muliere acquisitas ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis neutiquam ab haeredibus restituendas esse placuit (3); et merito, cum hae tuta omnino conscientia percipi potuerint (§. 1044.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 36. *num.* 11. *in corp.*
(2) *Fab. d. definit.* 36. *num.* 11.
(3) *Fab. d. defin.* 36. *num.* 12. *in corp.*

§. 1061.

Utrum liceat mutuanti usuras accipere pro sortis, ut ajunt, assecuratione: si nempe mutuans illius periculum in se suscipiat, ita ut ipsius damno pereat: plerique, et merito affirmant; etenim cautio haec ex communi hominum sensu pretio aestimatur seorsim a mutuo, cujus immo indoles est, ut dominium rei, adeoque et periculum in mutuantem transferatur (1): porro graviores, vel leviores usurae in stipulatum ex hac caussa deduci poterunt habita ratione gravioris, vel levioris periculi amittendae sortis. Neque nocet rescriptum Gregorii IX. (2) prout infra demonstrabimus (3).

(1) *Princip. instit. hoc tit., l. Mutuum* 2. §. *Appellata* 2. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(2) *Cap. Naviganti ult. extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)
(3) *V. infra* §. 1126.

§. 1062.

Cum ergo usurae divino, et canonico jure prohibeantur (§. 1041.), immo et graves adversus usurarios poenae constitutae sint (1), dubitari potest, an ex caussa publicae necessitatis, a Principe tolerari, vel permitti possint. Quidam negant permitti posse, sive Christianis, sive etiam Judaeis; atque nituntur rescripto Alexandri III. Summi Pontificis, quo traditur, usuras ne quidem ad redimendos captivos licite accipi, nec ullam super hoc dispensationem fieri posse, utpote quia usurarum crimen utriusque testamenti pagina detestatur: quemadmodum nec licet pro alterius vita mentiri (2).

(1) *Cap. Quia in omnibus* 3, *cap. Cum nec manifestos* 5., *et passim extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)
(2) *Cap. Super eo* 4. *extra Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)

§. 1063.

Alii Christianos in hac quaestione distinguunt a Judaeis; atque putant, non posse a Principe Christiano concedi, ut usuras ex simplici mutuo accipiant (1), utique vero Judaeis, saltem accedente Summi Pontificis licentia, et consensu (2); atque probant tum ex eo, quod Principes mala quaedam leviora permittere possint, ut majora vitentur; tum ex eo, quod Principes cogere non teneantur Judaeos, ut ad normam Christianae religionis vivant; tum etiam argumento a contrario sensu ex constitutione Innocenti III. in Concilio Lateranensi IV., quo Judaei prohibentur, ne a Christianis graves, et immoderatas usuras exigant (3): unde inferunt, moderatas tacite permitti.

(1) *Osasc. decis.* 137. *num.* 18., *et* 19.
(2) *Thesaur. decis.* 57. *num.* 5. ✠, *quam vide, et ibid. rescriptum Summi Pontificis Sixti V., quo Principibus nostris concedit, ut in dominiis suis permittant ad sublevandas pauperum indigentias, qui alioquin mutuam pecuniam invenire non possent, Judaeis de pecuniis mutuo datis ad rationem octodecim pro quolibet centenario, et anno ultra sortem principalem exigere valeant. V. Reg. Constitut. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4 tit. 32.

14. §. 2., et seqq. ubi graviores usurae permittuntur Judaeis, dummodo pecunia, quam tradunt, ad ipsos spectet, nec acceperint a Christianis, quibus strictissime interdicitur, ne pecuniam Judaeis dent, ut foeneri Judaico collocetur, atque plures contractuum species referuntur, qui mutui usurarii, vel alterius iniquitatis suspecti sunt.

(3) *Cap. Quanto amplius 18. certa Decret. Greg. de usur.* (5. 19.)

§. 1064.

Quod si quis objiciat, usuras, utpote divino, et canonico juri adversas, humana auctoritate permitti non posse (1): respondent, Judaeis lege vetere concessum fuisse, ut ab alienigenis usuras licite caperent: *Non fonerabis fratri tuo pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem, sed alieno:* ita habetur in Deuteronomio (2): *foenerabis gentibus multis, et ipse a nullo foenus accipies* (3): ex quibus textibus colligitur, Deum Judaeis usuram erga alienigenas permisisse; cum autem Deus bonorum omnium Supremus moderator, atque arbiter sit, non dubium, quominus usuras permittere possit, et indulgere, ut quis bona alterius, etiam absque legitimo titulo, accipiat.

(1) *D. Cap. Super eo 4. extra de usur.* (5. 19.). *V. supra* §. 1041.

(2) *Deuteronomii cap.* 23.

(3) *Deuteronom. cap.* 28.

§. 1065.

Equidem lex vetus per novam a Christo abrogata est, sed Ecclesia tolerare potest, ut Christifideles pecuniam sub usuris mutuentur a Judaeis, qui eos, tamquam alienigenas habent, et ut Judaei sub usuris credant illis, quos tamquam alienigenas habent; cum ita suadet necessitas: eo nempe ducimur, frigescente Christianorum charitate, ut vix aliquis sit, qui velit mutuam dare pecuniam absque usurarum emolumento: adeoque consultius est pecuniam cum onere usurarum consequi, quam ea penitus carere. Caeterum, etsi magni ponderis sint, quae objiciuntur argumenta, non tamen superest dubitandi locus, cum plurimorum Summorum Pontificium auctoritate haec erga Judaeos tolerantia permissa sit, atque in ipsis terris Ecclesiae a Summo Pontifice non improbetur.

§. 1066.

Hactenus diximus de usuris sortis, potissimum in conventionem deductis: dubitari potest, utrum usurae usurarum aliquando deberi possint: tum et de fructibus quaeritur, an restituendi sint; seu an eadem sit caussa fructuum, ac usurarum.

Appendix.

De usuris usurarum, et fructibus.

SUMMARIA.

Usurae usurarum, et fructuum regulariter prohibentur. §. 1067.

Usurae usurarum non solvuntur a debitore, qui ad usuras praestandas a judice condemnatus fuit, nec post quadrimestre solvit. Quid si secundus creditor sortem priori cum usuris solverit? §. 1068.

Usurae usurarum non debentur ei, qui a creditore emit actionem principalem, ejusque accessiones. §. 1069.

Usurae debitae ex pacto creditoris, et debitoris in sortem converti nequeunt. §. 1070.

An usurae fructuum, atque usurarum in judicio petitionis haereditatis solvi debeant? §. 1071.

Usurae usurarum deberi possint, si mutetur persona creditoris, vel debitoris, atque ita sortis naturam induant. §. 1072.

Usurae sortis locum aliquando tenere possunt, etiam non mutata persona debitoris, si per se, et primario sint in obligatione. §. 1073.

Conductor, cui mercedis remissio fieri debeat, integram mercedem retinere non potest, donec de parte remittenda pronunciatum sit. §. 1074.

Tutor usuras pupillares in suos usus convertens earum accessiones praestat. §. 1075.

Quid si tutor mutuam pecuniam habuerit sub usuris a patre pupilli, nec tamen eas solverit? §. 1076.

Inst 1. 3. tit 15. ff 1 22. tit. 1 Cod 1 4 tit 32.

Fructus in judiciis bonae fidei generatim a die morae restitui debent. §. 1077.

Fructus fundi restituere debet emptor, qui ex pacto fundum retrovendere tenetur, si oblatum, atque obsignatum pretium sine caussa accipere differat. §. 1078.

Fructus, quos nec emptor, nec venditor percipere potuisset, neque post moram praestantur. §. 1079.

Fructus non restituuntur statim ab ipsa mora, sed a die interpellationis. §. 1080.

Quid si dies rei tradendae definitus fuerit? §. 1081.

Quid de fructibus in judiciis stricti juris? §. 1082.

§. 1067.

Cum usurae nonnisi justo intercedente titulo licite peti possint, ut hactenus demonstravimus, multo minus praestandae sunt usurae usurarum: quas ideo lex civilis omnino improbat (1), non secus ac usuras fructuum, licet hi post litem contestatam percepti sint, atque tamquam a malae fidei possessore condicantur (2): usurae in certa quantitate a judice taxatae, fructus aestimati fuerint (3): quia tum usurae, tum fructus accessiones rei sunt: repugnat autem dari accessionem accessionis: ita ut judicis officio rejiciendae sint usurarum, aut fructuum usurae, parte etiam non conquerente (4).

(1) *L. Placuit* 29. *ff. hoc tit.*, *l. Ut nullo* 28. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 4. *in princip.*

(2) *L. Neque eorum* 15. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 4. *in princ.*

(3) *D. definit.* 4. *num.* 3. *in corp.*, *et def.* 11.

(4) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 11. *num.* 2. *in allegation.* ✠

§. 1068.

Nec aliud dicendum, tametsi debitor a judice ad usuras praestandas condemnatus fuerit, nec post quadrimestre solverit; quamvis enim graviores sortis usuras, idest centesimas, permiserit ab eo tempore Justinianus, non tamen usurarum usuras, quae magis odiosae Imperatori visae fuerunt (1): quo propemodum fundamento Marcianus post Papinianum scripsit, secundum creditorem hypothecarium, qui priori sortem obtulerit cum usuris, atque ideo in ejus locum ingressus est, usurarum ita solutarum usuras minime consequi; quia negotium suum gessit magis, quam alterius (2): idest priori creditori offerens, ut illius locum teneat sibi potius, quam priori creditori emolumentum attulit; adeoque, licet novatio facta videatur, ita ut usurae sortis naturam induerint, attamen denegantur ei usurarum solutarum accessiones; ne sit in potestate creditoris, dum sibi prospicit, debitori nocere, potissimum in re maxime odiosa (3).

(1) *L. ult. cod. de usur. rei judicat.* (7. 54.)

(2) *L. Creditor* 12. §. *Sciendum est* 6. *ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

(3) *D. l. Ut nullo* 28. *cod. hoc tit.*

§. 1069.

Atque hinc sentiunt, nec immerito, plerique, usuras usurarum non deberi illi, qui a creditore emerit actionem principalem, ejusque accessiones, seu usuras; tum quia et in hac specie emptor, seu cessionarius suum negotium gerit (1); tum quia, si semel haec admitterentur, facilis pateret aditus anatocismo, ut loquitur Justinianus (2), seu usuris usurarum, quas leges juste omnino prohibent, atque detestantur (§. 1067.). Tum denique quia creditori permittendum non est, ut deteriorem inviti debitoris conditionem faciat (3).

(1) *D. l. Creditor* 12. §. *Sciendum est* 6. *ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(2) *D. l. Ut nullo* 28. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1070.

Ita autem iniquum, et turpe videtur usuras usurarum percipere, ut ne permittantur quidem, licet ex partium consensu in sortem redactae fuerint; quia ex partium conventione, nullo novo contractu inito, non censentur pristinam accessionum naturam amittere, sed eam retinere pergunt (1); alioquin, ut modo diximus (§. praeced.), legibus anatocismum prohibentibus (2) fraus facile fieri posset; maxime quia debitores necessitate pressi pro arbitrio creditoris usuras in sortem converterent. Aliud dicendum, si novus contractus initus sit, puta transactio (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 11.

(2) *D. l. Ut nullo* 28. *cod. hoc tit.*

(3) *Quia in hoc casu ex novo contractu usurae naturam sortis induunt.*

§. 1071.

Haec tamen regula quasdam jure civili habet exceptiones: imprimis usurae fructuum, atque usurarum, si Papiniano credimus, praestantur in petitione haereditatis (1); quia tum fructus, tum usurae augent haereditatem (2): adeoque perinde ac caeterarum rerum usurae debentur usque ad diem litis contestatae, non postea (3): etenim res petitur, cum lis contestatur: atque restitui, seu dari debet, qualis est, cum petitur (4).

(1) *L. Haeres furiosi* 51. §. 1. *ff. de haereditat. petition.* (5. 3.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 4. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Item veniunt* 20. §. *Item non solum* 3., *l. Sed, et si lege* 25. §. *ult., et ll. seqq. ff. eod. tit. de petition. haeredit.*

(3) *D. l.* 51. §. 1. *ff. de petit. haered., Fab. cod. hoc tit. d. def.* 4. *num.* 5., *et* 6. *in corp.*

(4) *L. Vulgo receptum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1072.

Altera exceptio est, cum usurae vere, et proprie sortis locum tenent respectu creditoris; quamvis origine inspecta accessiones sint: si nempe mutetur persona creditoris, puta cui cessum sit nomen cum usuris praeteritis: vel debitoris (1), puta, procurator ex mandato domini usuras a debitoribus consecutus sit, easque in suos usus converterit (2); ex quo enim usurae a debitoribus solutae sunt, sortis naturam induunt: atque ideo, si justus adsit titulus, usurarum emolumentum domino parere possunt.

(1) *Voet in Pandect. hoc titul. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 20. *prop. fin. V. pratic. legal. part.* 2. *Tom. II. pag.* 220. §. 15., *et* 16.

(2) *L. Idemque* 10. §. *Si procurator* 3. *ff. mandati* (17. 1.)

§. 1073.

Quin etiam fieri potest, ut, non mutata debitoris persona, usurae usurarum solvi debeant; videlicet si usurae sortis locum in communi hominum aestimatione vere teneant. Fingamus, Titium promisisse, se mille aureos intra biennium soluturum Sempronio pro Cajo, si Cajus pro Titio Romam iret, et interea mille aureorum usuras. Si Cajus Romam ire cesset, Titius usurarum Sempronio solutarum usuras recte petit (1); etenim usurae istae respectu solventis vere sortis naturam habent; atque sunt in debito principali, non tamquam accessiones (2): quare nihil prohibet, quominus usuras parere possint (3). Idem dicendum de usuris censuum vitalitiorum, ut vocant (4): atque annuarum praestationum, quae per se existunt (5): et mercedis ex locatione (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 23. *in princip.*

(2) *Argum. l. Cum unus* 10. §. 1. *ff. de aliment., vel cibar. legat.* (34. 1.)

(3) *Fab. d. def.* 23. *allegat.* 1. *in fin.*

(4) *V. pratic. legal. part.* 2. *Tom. I. pag.* 208. §. 5.

(5) *Fab. cod. de pact. inter emptor., etc. lib.* 4. *tit.* 36. *def.* 15., *et* 16., *pratic. legal. Tom. II. pag.* 224. §. 17., *et* 18.
(6) *L. Praeses* 17. *cod. de locat.* (4. 65.), *l. Quaero* 54. *ff. eod. titul.* (19. 2.), *pratic. legal. ibid. pag.* 225. §. 19.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1074.

Eodem fundamento placuit Sabaudo Senatui, conductorem, cui mercedis remissio fieri debuit ex justa caussa, puta ob insolitam sterilitatem (1), si eo praetextu totam mercedis quantitatem retinuerit, ad illius quantitatis, cujus tandem verus debitor reperitur, usuras teneri, licet non potuerit certo scire, quam demum quantitatem solvere deberet, cum remissio haec viri boni arbitrio fiat: nisi eam summam, quam se debere putabat, locatori obtulerit, vel, eo recusante, obsignaverit (2); ne conductor pro eo tempore retineat fructus rei locatae, et simul mercedis usuras: quod a bona fide alienum est; non secus ac ut emptor rem, et pretium simul habeat, absque usurarum pro fructibus solutione (3), ut supra monuimus (§. 1030.)

(1) *L. Ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. locati* (19. 2.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 34. *in princ.*
(3) *L. Julianus* 13. §. *Veniunt autem* 20. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

§. 1075.

Tutor quoque, qui usuras pupillares a debitoribus exactas in suos usus converterit, ad earum accessiones tenetur (1); parvi enim refert, scite ait Ulpianus, utrum sortem pupillarem, an usuras retineat tutor (2). Idem est de usuris pecuniae pupillaris a tutore debitis, atque in curatores translatis; quia sors efficiuntur (3).

(1) *L. Tutor* 7. §. *Si usurae* 12. *ff. de administr., et pericul. tutor.* (26. 7.)
(2) *D. l.* 7. §. 12. *in fin.*
(3) *L. Qui negotiationem* 58. §. *ult. ff. eodem titul.*

§. 1076.

Si autem tutor a patre pupilli mutuam pecuniam habuerit sub usuris, nec tamen eas solverit, non videtur ad earum usuras condemnandus; licet enim parum interesse videatur, an usuras ab aliis debitas exegerit, atque in suos usus converterit, an debitas a seipso non exegerit, seu non solverit, cum solvere debuisset (1), cum tamen eas non exegerit, atque usurarum usurae maxime odiosae sint (2), a generali regula (§. 1066.) minime recedendum plerique sentiunt: quamquam fatentur, tutorem hunc ejus, quod interest, nomine erga pupillum teneri (3).

(1) *L. Quoties* 9. §. *Sed si sub usuris* 4., *et* §. *sequ. ff. eod. tit.* (26. 7.)
(2) *D. l. Ut nullo* 28. *cod. hoc tit.*
(3) *Argum. d. l. Tutor* 7. §. *Competit* 2. *ff. de administrat., et pericul. tutor.*

§. 1077.

Quod ad fructus pertinet, distinguendum imprimis est, utrum agatur de judiciis bonae fidei, an stricti juris. In judiciis bonae fidei fructus generatim a die morae restitui debent (1), puta in emptione (2), societate (3), deposito, et commodato (4), communi dividundo (5); et similibus.

(1) *L. Videamus* 38. §. *In caeteris* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 38. §. *Ex caussa* 8. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 38. §. *Sed et in societatibus* 9.
(4) *D. l.* 38. §. *Si possessionem* 10.
(5) *D. l.* 38. §. *Item, si dividere* 14.

§. 1078.

Hinc, qui ex pacto fundum retrovendere debebat, si oblatum, atque obsignatum pretium accipere sine caussa differat, ad fundi fructus restituendos tenetur (1), alioquin venditor re simul, et pretio carere videretur, quod iniquum est (2). Nec eos tantum

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 42. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

fructus restituit, quos percepit, sed et quos percipere potuit (3); cum hic malae fidei possessor sit, utpote rem alienam contra placiti fidem retinens.

(1) *L. Si fundum* 2. *cod. de pact. inter emptor., et venditor.* (4. 54.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 14. *in princip.*

(2) *L. Bona fides* 50. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

(3) *L. Fructus* 33. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *Fab. d. defin.* 14. *num.* 1. *in corp.*

§. 1079.

Alia caussa est fructuum, quos emptor percipere non potuit, ob casum fortuitum: puta ob hostium incursum, aquarum impetum, aut aliam vim majorem, cui resisti nequit; licet mora casum fortuitum praecesserit (1): neque enim venditor conqueri potest, quod ex mora emptoris in damno sit, cum casus adversus ipsum aeque affecisset (2). Sane, si quid culpa emptoris sive ante, sive post moram contigerit, nemo dubitat, quominus ab eo praestandum sit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. defin.* 14. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Si plures* 14. §. 1. *ff. depositi* (16. 3.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 14. *in fin.*

§. 1080.

Non tamen, quod attente cavendum, quis potest constitui in mora ad hoc, ut fructus restituere teneatur, eo ipso instanti, quo tacite obligatur ad rem tradendam (1), sed modicum tempus ei concedendum est ex aequitate (2): quare, sicut usurae statim praestandae non sunt ab eo, qui se obligavit ad mutuum restituendum, ad primam creditoris interpellationem, quam creditor statim se facere in ipso mutui contractu anserat (3): ita nec fructus debentur, nisi a die litis contestatae, vel factae interpellationis (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 31. *in princip.*

(2) *L. Promissor.* 21. §. 1. *ff. de pecun. constit.* (13. 5.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 27.

(4) *L. Mora* 32. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. definit.* 31. *num.* 2., *et sequ. in corp.*

§. 1081.

Sed, si expresse convenerit, ut certo die res tradatur, mora, licet nulla fiat interpellatio, statim contrahitur (1): adeoque et fructus ab eo die creditori debentur (2): quia, ut fert tritum apud interpretes axioma, dies definita pro domino interpellat (3).

(1) *L. Qui hoc anno* 42., *l. Ad diem* 77. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc. tit. d. defin.* 31. *num.* 1. *in corp.*

(3) *L. Magnam* 12. *cod. de contrahend., et committend. stipulation.* (8. 38.)

§. 1082.

Pertinent haec ad judicia bonae fidei; quod si quaeratur de fructibus in judiciis stricti juris, distinguendum est, utrum petatur res, quae prius actoris non fuit; an res, quae petitur, actoris fuerit. In primo casu, puta si quid ex stipulatione debitum sit, fructus, licet mora intervenerit, non debentur, nisi post litem contestatam (1); in altero ex sola mora debentur, quamvis lis contestata non fuerit (2).

(1) *L. Videamus* 38. §. *Si actionem* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 38. §. 1., 2., 3., 4., 5., *et* 6. *ubi exempla de hisce rebus ponuntur.*

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 32.

Sectio II.

An usurae aliquando citra conventionem debeantur.

SUMMARIA.

Usurae in judiciis bonae fidei debentur ex mora: sive mora sit ex re, sive ex persona. §. 1083.

An usurae, non promissae, jure Romano post litem contestatam debeantur in judiciis stricti juris? §. 1084.

Fructus utpote ex re ipsa prodeuntes facilius adjudicantur, quam usurae. §. 1085.

Usurae non continentur sub caussa, nec a malae fidei possessore, qui pecuniam otiosam reliquerit, solvi debent. §. 1086.

Usuras lite contestata currere quo sensu Paulus dixerit? §. 1087.

Usurae apud nos in contractibus stricti juris a die tantum judicialis interpellationis debentur, licet dies solutioni dictus sit: quid de contractibus bonae fidei? §. 1088.

Contumax a die contumaciae usuras solvere debet. §. 1089.

A quo die debeatur id, quod interest, pecuniam suo die creditori solutam non fuisse? §. 1090.

Mora, atque interpellatio extrajudicialis sufficere potest, ut creditor, a moroso debitore consequatur id, quod interest. §. 1091.

Damnum probare debet ex dilata solutione passum, qui agit ad id, quod interest. §. 1092.

Judex appellationis potest in contractibus bonae fidei usuras promissas adjudicare, licet in primo judicio de illis pronunciatum non fuerit. §. 1093.

Quid si usurae pacto promissae non fuerint? §. 1094.

Mora in emptione facta videtur ab eo die, quo res tradita fuit; nisi per emptorem non steterit, quominus pretium solveret. §. 1095.

§. 1083.

Cum quaeritur, an usurae neutiquam promissae solvi debeant, eamdem distinctionem adhibent Jureconsulti, quam modo de fructibus exposuimus (§. 1077.): nimirum interest, utrum de bonae fidei, an de stricti juris negotiis agatur. In judiciis bonae fidei usurae debentur ex sola mora (1), sive mora sit ex re, sive ex persona (2). Ex re autem mora fieri dicitur, cum a lege ipsa inducitur, ita ut interpellatio necessaria non sit: unde et mora in re a Paulo appellatur (3); mora autem ex persona per interpellationem inducitur (4). Sed de diversis morae speciebus infra dicemus (5).

(1) *L. Mora fieri* 32. §. *In bonae fidei* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Curabit* 5. *cod. de action. empti* (4. 49.)
(3) *L. Videamus* 38. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 32. *in princip. ff. hoc tit.*
(5) *In cap.* 4. §. 1097., *et seqq.*

§. 1084.

Aliud traditur de judiciis stricti juris; ita ut in his usuras neque ex mora extrajudiciali, immo neque ex judiciali, adeoque nec post litem contestatam deberi quidam existiment; quia Romanae leges omnino requirere videantur, ut stipulatio de usuris praestandis interposita sit (1), praeterquam in singularibus quibusdam caussis, videlicet in mora praestandi legata, et fideicommissa (2): in judicato solvendo ultra quatuor menses a lata sententia (3): non desunt tamen qui sentiunt, post litem constestatam usuras omnino currere (4): atque ita in foro passim servatur, ut infra dicemus.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *L.* 1. *cod. de condiction. indebit.* (4. 5.), *l. Idemque* 10. §. *Si quis Titio* 4. *ff. mandat.* (17. 1.), *l. Titius Sempronio* 24. *versic. respondit. ff. de praescript. verb.* (19. 5.)

(2) *L. In fideicommissi* 3. § *ult.*, *l. Usurae vicem* 34. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Eos, qui* 2., *et l. seq. cod. de usur. rei judicat.* (7. 54.)

(4) *L. Lite contestata* 35. *ff. hoc tit.*

§. 1085.

Neque obstat, inquiunt prioris sententiae patroni, quod supra diximus (§. 1082.), fructus in hisce judiciis post litem contestatam deberi (1), licet enim quodammodo verum sit, usuras vicem fructuum gerere (2), quatenus usurae praestantur ex rebus, quae fructus natura sua non pariunt, ex quibus comparari possunt res ad fructus gignendos aptae, attamen usurae longe magis odiosae sunt, quam fructus; quia fructus ex re ipsa prodeunt, usurae potius ex industria utentis, seu domini, qui mutuo sibi data pecunia utitur (§. 1053.)

(1) *L. Videamus* 38. §. *Si actionem* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Usurae vicem* 34. *ff. hoc tit.*

§. 1086.

Quod si quis alleget, in contractibus stricti juris post litem contestatam omnem caussam restituendam esse, seu id omne, quod habiturus esset actor, si solutio tempore contestatae litis facta fuisset (1), respondent, cum certum non sit, actorem a lite contestata usuras percepturum fuisse, sub caussa non contineri: atque hinc nec malae fidei possessor usuras pecuniae, quam otiosam reliquit, solvere tenetur; licet fructus etiam civiles restituere debeat (2): discriminis rationem statim subjicit Papinianus; quia fructus periculo domini percipiuntur, cum res domino pereat, pecunia vero periculo dantis foeneratur (3).

(1) *L. Cum fundus* 31. *ff. de reb. credit:* (12. 1.)

(2) *L. Si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(3) *D. l.* 62. *in fin. princip.*

§. 1087.

Postremo nec aliud certo adstruit Paulus, cum ait: *lite contestata usurae currunt* (1); tum quia non aperit jureconsultus, utrum agat de judiciis bonae fidei, in quibus usurae post litem contestatam solvuntur (§. 1083.), an de contractibus stricti juris: tum quia non ait Paulus, usuras a lite contestata initium sumere, sed currere: idest non sisti cursum usurarum per litis contestationem, ex qua debiti novatio fit, sed necessaria (2), licet ex novatione voluntaria usurae, eodem Paulo auctore, currere desinant (3).

(1) *L. Lite contestata* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Aliam caussam* 20. *ff. de novationib.* (46. 2)

(3) *L. Novatione* 18. *ff. eod. tit.*

§. 1088.

Sed, cum hodiernis moribus vix distingui soleant judicia. seu contractus bonae fidei a contractibus stricti juris, idcirco passim receptum, ait Voet, ut mora extrajudicialis non sufficiat ad obligationem usurarum inducendam, neque in judiciis bonae fidei, neque multo minus in contractibus stricti juris; in utrisque tamen post litem contestatam debeantur (1): atque ita apud suos usu fori receptum in contractibus stricti juris ait Faber (2): apud nos vero ex die petitionis factae in judicio, seu quo decretum, quo reus in jus vocatur, ipsi denunciatum est etiam in judicio concursus (3): licet reus vocatus coram judice ordinario ex fori privilegio ad supremum magistratum remitti obtinuerit (4): nimirum interpellatio judicialis necessaria est in negotiis stricti juris, licet dies solutioni dictus fuerit (5); non vero in negotiis bonae fidei, si tempus solvendi praestitutum appareat (6): excipiuntur ab hac lege impuberes, et his similes; in quorum persona mora re ipsa contrahitur sine interpellatione (7): adeoque usurae statim currunt in judiciis bonae fidei, licet dies solutioni praefinitus non sit (8).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib. 22. tit. 1. num. 11.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 29., et 33.*
(3) *V. pratic. legal. part. 2. Tom. II. pag. 209., littera A, junct. pag. 212. §. 7., 8., et 9.: ubi et adjectum, usuras a debitore interpellato non deberi pro modico tempore, quod judex ad corrogandam pecuniam indulget: in concursu vero usuras solvi a die propositi debiti, quamvis curator litem contestatus non sit. Ibid. pag. 214. §. 10.*
(4) *Pratic. legal. ibid. pag. 266. §. 47.*
(5) *Prat. legal. ibid. pag. 251. §. 37.*
(6) *Pratic. legal. ibid. pag. 241. §. 27., pag. 245. littera A, et pag. 246. §. 32., pag. 247. littera A, et pag. 248. §. 33.*
(7) *L. In minorum 3. cod. in quib. caus. in integr. restitut. etc. (2. 41.)*
(8) *D. l. 3. in fin., pratic. legal. ibid. pag. 239. §. 26.*

§. 1089.

Quid ergo, si litis contestatio nulla intercesserit, sed debitor in jus vocatus contumax fuerit? Placuit, usuras deberi ex die non vocationis in jus, sed perfectae contumaciae (1); quia ab hoc die lis pro contestata habetur (2); alioquin contumax condemnari non posset; quod iniquum, nec juris ratio patitur, ut quis ex dolo suo lucrum referat (3): qui autem vere pro contumaci habeatur, explicat Hermogenianus (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 24. d. defin. 33. num. 5. in corp.*
(2) *L. Contumacia 53. ff. de re judic. (42. 1.)*
(3) *L. Non fraudantur 134. §. 1. ff. de reg. jur.*
(4) *D. l. 53. §. 1., et seqq. ff. de re judicat.*

§. 1090.

Non eadem omnino est ratio ejus, quod interest; cum enim creditor petendo id, quod sua interest, pecuniam debito tempore solutam non fuisse, plerumque certet de damno vitando, favorabilior est caussa, quam usurarum, quae ad lucrum tendunt: ideoque distinguendum est, an dies solutioni praefinitus fuerit, nec ne. In primo casu debetur id, quod interest, a die praefinito, cum ab eo mora contrahatur, atque dies pro homine interpellet (1): in altero autem a die petitionis; quia et ab eo die mora fieri intelligitur (2).

(1) *L. Magnam 12. cod. de contrahend., et comittend. stipulation. (8. 38.)*
(2) *L. Mora fieri 32. ff hoc tit.*

§. 1091.

An vero sufficiat mora extrajudicialis, ut ajunt, seu petitio extra judicium facta, an necessaria omnino sit judicialis petitio, non consentiunt interpretes: plerique tamen nec immerito defendunt, sufficere quamcumque petitionem etiam extra judicium factam; quia, ut modo diximus, quaelibet interpellatio sufficit ad inducendam moram (1), neque cogendus est, ut ad judicem eat creditor, qui de damno vitando certat (§. praeced.)

(1) *Dict. l. Mora fieri 32. ff. hoc tit.*

§. 1092.

Non tamen sufficit allegare damnum ex dilata solutione passum, sed in genere saltem probandum est (1); quia, quod interest in facto, non in jure consistit (2): adeoque non praesumitur (3): exceptionem admittimus in contractibus, qui ex natura sua lucrum pariunt, puta emptione, et venditione, quia praedia praesertim rustica fructus quotannis ferunt: atque ideo usurae pretii a die morae debentur ex omnium consensu (§. 1030.).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 23. allegation. 1. in fin.*
(2) *L. Quatenus 24. ff. de reg. jur.*
(3) *L. Ab ea parte 5., l. Quoties operae 18. ff. de probationib. (22. 3.)*

§. 1093.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32. Quinimmo tantus est favor usurarum, quae in contractibus bonae fidei ex natura ipsa negotii, et aequitate solvuntur, ut traditum sit, posse judicem appellationis venditori adjudicare usuras, licet primus judex de illis non pronunciaverit, sed tantum de pretio, et litis expensis (1), saltem si emptor certa die se soluturum promiserit sub poena, ut conveniri solet, expensarum, damni, et ejus, quod interest (2); cum enim usurae promissae jure actionis, non solo judicis officio, debeantur; judex autem, ex quo de usuris non pronunciavit, dici nequeat, debitorem ab usuris absolvisse, nihil impedit, quominus posterior judex debitorem ad usuras condemnet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 6. num. 3., et seqq. in corp.*

(2) *Fab. d. defin. 6. num. 5., et 6. in corp.*

§. 1094.

Dicimus, a judice appellationis sententiam de usuris ferri posse, de quibus siluit prior judex, licet petitae fuissent, saltem si promissio intercesserit, adeoque idcirco actionis jure debeantur (§. praeced.): dubitari non inepte potest, an idem dicendum sit, si neutiquam promissae fuerint ab emptore. Verum et in hoc casu appellationis judicem posse de usuris pronunciare, licet prior judex, a quo provocatum est, nihil de illis dixerit, sentit Faber (1); quia non sinat aequitas, ut emptor simul habeat fundi fructus, et pretii usuras (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. defin. 6. num. 9., et 10. in corp.*

(2) *Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: imprimis pretium, quanti res venit: item usurae pretii post diem traditionis: nam, cum re emptor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. L. Julianus 13. §. Veniunt autem 20. ff. de actionib. empti.* (19. 1.)

§. 1095.

Quod si objiciatur rescriptum Gordiani, ajentis, usuras initio contractus minime promissas ab emptore ex mora dumtaxat deberi (1), respondet Faber (2), id utique verum esse, sed moram ex eo die factam videri, quo res tradita fuit: nisi probet emptor per se non stetisse, quominus pretium solveret (3): ut ita consentiat receptis juris civilis, et naturalis regulis (4); a quibus Imperator (5) non significat se recedere velle. Sane, si usurae per se, et principaliter petantur, atque judex de illis non pronunciaverit, absolvisse censetur (6).

(1) *L. Initio venditionis 5. cod. de pact. inter emptor., et venditor.* (4. 54.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 24. d. def. 6. allegat. ult.*

(3) *Argum. l. Trajectitiae pecuniae 23. ff. de obligationibus, et actionibus* (44. 7.)

(4) *D. l. Julianus 13. §. Veniunt autem 20., l. ex empto 11. §. ult. in med., l. Bona fides 50. ff. de actionibus empti* (19. 1.)

(5) *In d. l. 5. cod. de pactis inter emptorem etc.*

(6) *Fab. d. def. 6. num. 7. in corp.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

CAPUT IV.

A quo tempore usurae debeantur, seu mora fiat.

SUMMARIA.

Usurae aliquando currere non videntur a die morae. §. 1096.

Mora est dilatio frustatoria solutionis faciendae, vel accipiendae. §. 1097.

Mora alia ex persona est, alia ex re. Utraque explicatur. §. 1098.

Quibus in casibus mora ex re, seu negotii natura inducatur? §. 1099.

Dies certus pro homine interpellat: atque debitorem in mora constituit. Quid de obligatione in diem incertum, vel sub conditione? §. 1100.

Referuntur exempla, in quibus mora a lege inducitur, ita ut hominis interpellatio necessaria non sit. §. 1101.

Mora, quae ex re fit, minus proprie hoc nomine donatur. §. 1102.

Mora interveniente, debitor ab eo tempore praestat usuras, fructus, poenam, atque aestimationem quanti plurimi. §. 1103.

Mora perpetuat obligationem, tametsi res debita perierit, dummodo res debita aeque peritura non fuisset apud creditorem. Quid de creditoris mora in accipiendo? §. 1104.

Mora, quae justam habeat caussam, excusationem praestat. §. 1105.

Mora solvendi per modicum tempus extra poenam est. Quid si solutio per aliquot menses differatur? §. 1106.

Casus rei debitae contingens, qui averti non potuit, excusat a mora. §. 1107.

Difficultas implendae promissionis non excusat debitorem in mora solvendi constitutum. §. 1108.

Debitor, cum creditoris in alternativa obligatione electio est, moram non contrahit, priusquam creditor elegerit. §. 1109.

Quid si testator decem Titio legaverit intra annum solvenda; data alioquin legatario facultate fundum possidendi, atque percipiendi fructus? §. 1110.

Usurae chirographo promissae, utrum nonnisi a die agniti, vel denegati chirographi debeantur? §. 1111.

Solutione partis debiti chirographum agnitum judicatur. §. 1112.

Usurae, chirographo neutiquam promissae, non incipiunt currere ab eo die, quo pars debiti soluta fuit. §. 1113.

Mandatario, atque negotiorum gestori debentur usurae ab eo die, quo pro debitore solverunt. §. 1114.

Quid si quis promiserit, ut Titius intra annum fundo frui possit; alioquin centum poenae nomine se daturum? §. 1115.

Expensarum litis usurae ex mora debentur a die taxationis. §. 1116.

Mora soli moroso nocet, non alteri; nec si correus sit. §. 1117.

Mora facile purgatur, si creditoris nihil intersit. Quid si creditum cessum sit? §. 1118.

Mora purgari nequit, nisi omnia reperiantur in eo statu, in quo fuerant ante moram. §. 1119.

Morae purgatio non admittitur, cum jus novum creditori statim a mora quaesitum fuit. §. 1120.

Mora a creditore tacite remissa intelligitur per novationem debiti principalis. §. 1121.

Mora prior per posteriorem purgatur. §. 1122.

Cod. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. d. l. 4. tit. 32.

§. 1096.

Usuras in bonae fidei judiciis ex mora deberi diximus (§. 1083.); ideoque initium sumere a die, quo mora contracta fuit (§. 1088.): in contractibus vero stricti juris ex die tantum litis motae (§. 1088.): sed haec fusios explicanda sunt; neque enim in singulis casibus statim innotescit, an reapse debitor in mora sit: praeterquamquod aliquando propter quantitatis incertitudinem usurae currere non incipiunt a die morae: atque, ut haec facilius percipiantur, operae pretium est de mora, ejusque speciebus breviter disserere.

§. 1097.

Mora, quatenus ad hoc institutum pertinet, definiri potest dilatio frustratoria solutionis faciendae, vel accipiendae: dilationem frustratoriam, seu captiosam morae inesse diximus; non enim quaelibet dilatio in jure censetur pro mora, sed ea tantum, quae culpam aliquam, vel negligentiam annexam habeat, aut habere praesumatur (1). Solutionis nomen lata significatione usurpamus, quatenus complectitur omnem satisfactionem: atque etiam solvere dicitur, qui facit, quod facere promisit (2): postremo innuimus, tum debitorem, qui congruo tempore non solverit, tum creditorem, qui oblatam convenienti tempore, et loco solutionem accipere recusaverit, in mora constitutum judicari; licet enim frequentius debitures morosi sint; attamen et mora aliquando creditori imputatur (3): prout suo loco demonstrabimus.

(1) *L. Sciendum est* 21., *l.* 22., *et* 23. *princ. ff. hoc tit.*

(2) *L. Solutionis* 176. *ff. de verbor. signifcat.* (50. 16.)

(3) *Novell.* 91. *cap. Illud quoque* 2.

§. 1098.

Mora a jureconsultis alia dicitur ex persona, alia ex re (1). Mora ex persona fit a debitore, qui opportuno loco, et tempore interpellatus, seu requisitus non solverit (2). Re autem mora fieri dicitur, cum absque interpellatione inducitur, vel ex natura negotii (3), vel legis potestate, aut judicis auctoritate (4).

(1) *L. Sciendum est* 21., *l. Sed et si reipublicae* 23. *princ., et* §. 1., *l. Mora fieri* 32. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 32. *in princ. ff. hoc tit.*

(3) *L. Videamus* 38. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *L.* 1. §. 1., *l. Sed et si reipublicae* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1099.

Mora, uti supra innuimus, aliquando ex negotii indole inducitur; cum aequitas postulat, ut a debitore statim non solvente usurae praestentur, prout contingit in contractu emptionis, et venditionis (§. 1095.): in dote, cujus usuras post annum, vel biennium solvi debere, Justinianus sancivit (1). Ad negotii indolem referri quoque potest, quod supra diximus de die solutioni adjecto (§. 1090.); qui pro homine interpellat: utique si certus dies sit, non autem si incertus (2). Quinimmo, etiamsi dies certus sit, adhuc tamen monendus est promissor, si aliquid facere, vel omittere teneatur, ut in mora constituatur (3).

(1) *L. ult.* §. *ult. cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(2) *D. l. Magnam* 12. *cod. de contrahend., et committend. stipulation.* (8. 38.), *l. Si fundum* 114. *ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 22.

§. 1100.

Igitur interest, cum dies obligationi adjectus est, an certus sit, an incertus. Dies certus, quia debitori perspectus est, pro homine interpellat (1): adeoque die veniente debitor eo ipso in mora est: si vero incertus sit dies, interpellatio creditoris necessaria videtur, ut debitor in mora sit: quia dies incertus facile ignoratur (2)

adeoque ad creditoris diligentiam pertinet debitorem monere: quod autem de die incerto dicimus, conditionali quoque obligationi convenit; cum dies incertus, et conditio in jure aequiparentur (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *D. l. Magnam* 12. *cod. de contrahend., et committend.* (8. 38.), *d. l. Si undum* 114. *ff. de verb. obl.* (45. 1.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 31. *num.* 1. *in corp.*

(2) *Argum. d. l.* 12. *cod. de contraend., et omittend. stipulat.*

(3) *L. Dies incertus* 75. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 1101.

Praeterea quidam sunt casus, in quibus mora ab ipsa lege inducitur, atque ita lex ipsa interpellare videtur: veluti si quis pupillo, minori (1), vel fisco debeat (2), vel ad pias caussas legatum relictum sit (3): si fur res furto subtractas statim non restituat (4): si socius pecuniam communem (5), negotiorum gestor, aliique similes pecuniam illius, cujus negotia gerunt, subtraxerint, atque in suos usus converterint (6). Atque judex aliquando moram inducit, nimirum cum nemo est, qui conveniatur (7).

(1) *In minorum persona re ipsa, et ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto jure moram fieri, creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant; in bonae fidei contractibus, et fideicommissis, et legatis. L. In minorum* 3. *cod. in quib. causs. in integr. restitut. necessaria non est* (2. 41.)

(2) *L. Cum quidam* 17. §. *Fiscus* 5. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Sancimus* 46. *in fin. princip. junct.* §. *Supra autem* 4. *cod. de Episcop. et cleric.* (1. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 13. *alleg.* 7. *in fin.*

(4) *L. In re furtiva* 8. §. 1., *l. ult. ff. de condiction. furtiva* (13. 1.)

(5) *L.* 1. §. 2. *ff. hoc tit.*

(6) *L. Qui sine* 38. *ff. de negot. gestor.* (3. 5.)

(7) *L. Sed et si reipublicae* 23. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1102.

Cum autem mora, quae ex re fit, minus proprie mora dicatur; sed vere, et proprie morae nomen conveniat ei, quae ex persona est, idcirco leges interdum moram abesse ajunt in casibus, in quibus mora tantum ex re est (1): quod caute animadvertendum, ne usurae absque ulla mora deberi videantur.

(1) *D. l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Curabit* 5. *cod. de actionibus empti* (4. 49.)

§. 1103.

Is ergo est morae, vel ex persona, vel ex re effectus, ut morosus debitor ex eo tempore usuras, fructus, poenam, si quae in conventionem deducta sit, praestare teneatur: nec non aestimationem quantiplurimi, ut ajunt, si creverit a tempore morae pretium rei debitae, quae perierit; adeoque illius aestimatio debeatur (1), nec non id, quod interest, si modo creditor probet se, ex dilata solutione, damnum sensisse (2). Quo autem modo fiat aestimatio quanti plurimi suo loco dicemus: interim videri potest Faber (3).

(1) *L. In hac actione* 3. *prop. fin. ff. de condiction. triticaria* (13. 3.)

(2) *L. Si sterilis* 21. §. *Cum per venditorem* 3. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

(3) *Fab. cod. Si certum petat. lib.* 4. *tit.* 2.

§. 1104.

Postremus, atque gravissimi momenti effectus morae in eo consistit, quod obligatio perpetua fiat, etiamsi res debita perierit (1), dummodo aeque peritura non fuisset penes creditorem (2): atque actiones temporales redduntur perpetuae, saltem si mora judicialis facta sit; cum per litis contestationem actiones omnes perpetuentur (3). Idem fere obtinet in creditore, videlicet ei mora in accipiendo ita nocet, ut in ipsum

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

transferat periculum rei debitae (4): atque etiam solvit antichresim, si quae in pignore constituta sit (5).

(1) *L. Si ex legati* 23. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Item si verberatum* 15. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. de rei vindication.* (6. 1.)

(3) *L. Nam, post* 9. §. *Si is, qui* 3. *ff. de jurejurand.* (12. 2.), *l. ult. in fin. ff. de fidejussorib., et nominatoribus, et haeredib. tutor.* (27. 7.)

(4) *L. Si servum* 91. §. *Sequitur* 3. *ff. de verbor. obligat.*, *l. Qui decem* 72. *ff. de solution.* (46. 3.)

(5) *L. ex praediis* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1105.

Fieri tamen potest, ut mora excusationem habeat, vel quia justa sit, aut modica, vel quia debitoris culpae adscribi non possit. Imprimis si debitor ex justa caussa satisfactionem differat; puta si amicos adhibendos debitor requirat, vel fidejussores, vel aliquam probabilem exceptionem allegare possit (1), dummodo fraudandi consilium absit (2). Idem dicendum, si debitor reipublicae caussa confestim abesse coactus fuerit, ita ut defensionem mandare nequiverit; in vinculis, aut hostium potestate esse coeperit (3).

(1) *L. Sciendum est* 21. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si modo* 22. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Sed et si reipublicae* 23. *ff. hoc tit.*

§. 1106.

Excusandus quoque ab usuris est debitor, qui per modicum tempus solutionem distulerit (1); neque enim magnum damnum est, inquit scite Ulpianus, in mora modici temporis (2): atque, quod dicitur, debere statim solvi, *cum aliquo temperamento temporis*, verba sunt Pauli jureconsulti, *accipiendum est; nec enim cum sacco adire debet* (3): mora tamen aliquorum mensium modica non judicatur, ut ab usuris praestandis eximat (4).

(1) *Argum. l. Et si post tres* 8. *ff. si quis cautionib.* (2. 11.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 16. *in princip.*

(2) *L. Si debitori* 21. *ff. de judiciis* (5. 1.)

(3) *L. Quod dicimus* 105. *ff. de solution.* (46. 3.) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 27.

(4) *Fab. d. definit.* 16. *num.* 2. *in corp.*

§. 1107.

Praeterea excusandus est debitor, qui propter casum rei debitae contingentem, quem avertere non potuerit, dilationem solvendi faciat: puta si servus promissus in hostium potestatem venerit (1); equus debitus a latronibus subreptus sit, nec statim, aut facile redimi possit: multo magis, si creditoris ipsius factum morae caussam dederit: ne alioquin in potestate creditoris sit, deteriorem debitoris conditionem facere, quod non sinit aequitas (2).

(1) *L. ult. ff. de actionib. empt.* (19. 1.), *l. Si Servum* 91. § 1. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1108.

Aliud profecto affirmandum, si ex debitoris culpa praestationis difficultas oriatur (1): vel si res promissa jam ab initio difficilis fuerit, sciente promissore; quippequo casu debitor sibi imputare debet, cur tale sibi onus imposuerit (2): nec difficultas promissionis implendae inutilem efficere potest stipulationem (3): alioquin pleraeque stipulationes interirent, si propter incommodum promissoris earum implementum omitteretur (4).

(1) *D. l. Si servum* 91. §. 1. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)
(2) *L. Si fidejussor.* 7. §. 1. *in fin. ff. qui satisdar. cogant.* (2. 8.)
(3) *L. Stipulationum* 2. §. *Ex his igitur* 2. *in fin. ff. de verbor. obligation.* (45. 1.)
(4) *L. Continuus actus* 137. §. *Illud inspiciendum* 4. *ff. eod. tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1109.

Diximus, non imputari debitori moram, quae ex facto creditoris proficiscatur (§. 1107.): proinde si obligatio alternativa sit, atque electio creditori competat, puta quia ita conventum sit, debitor in mora prius constitutus videri non potest, quam creditor elegerit (1); quia nec ante solvere potest: nec interest, utrum ex contractu, an ex testamento competat electio. Si enim testator Sempronio legaverit fundum Cornelianum, aut Sempronianum, utrum volet legatarius, haeres dare non tenetur, nisi postquam Sempronius alterum ex duobus fundis elegerit (2). Neque etiam videtur in mora debitor, cum debitum certum non est, seu liquidum, ut ajunt (3).

(1) *Argum. l. Si debeas* 22. *ff. de compensationib.* (16. 2.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 13. *in princip.*
(2) *L. Plane* 34. §. *Si ita Titio* 14. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *Fab. d. defin.* 13. *num.* 4. *in corp.*
(3) *Prius enim est, ut sciat debitor, quid, et quantum solvendum sit, quam negligens dicatur in solvendo.*

§. 1110.

Sed, si testator decem Sempronio ab haerede intra annum solvi jussisset, hac lege adjecta, ut legatario, nisi haeres intra annum solverit, liceat certum fundum possidere, ejusque fructus suos facere; cum legatum hoc alternativum non sit, seu decem legata pure, et omnino sint, fundus vero post moram haeredis, si legatarius velit: proinde si haeres praestituto die non solverit pecuniam, mora per eum contracta videtur absque interpellatione, dummodo constet, agnitum fuisse legatum (1): atque ideo ulterius debebuntur usurae, non quia necessaria non sit interpellatio, quae utique desideratur (2): sed quia fundi fructus judicio testatoris haberet legatarius, si mallet fundum eligere; atque in locum fructuum usuras cedere aequum est, si Sempronius pecuniam malit, quam fundum (3); cum ex testatoris dispositione fructuum vicem usurae teneant (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 13. *num.* 5., *et* 6. *in corp.*
(2) *L. Si ex legati* 23. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)
(3) *Fab. d. defin.* 13. *num.* 7., *et seqq. in corp.*
(4) *Argum. l. Usurae* 34. *ff. hoc tit.*

§. 1111.

Quod pertinet ad usuras chirographo etiam promissas, eo jure utimur, ait Faber, ut nonnisi a die agniti, vel denegati chirographi debeantur (1). Si debitor chirographarius multis ante judicialem interpellationem mensibus partem debiti solverit, chirographum utique agnovisse intelligitur (2); cum ex solutione, et agnitione partis totum debitum agnitum censeatur (3): agnitio autem non tantum verbis, sed etiam factis, puta solutione, fieri potest (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 15., *et* 26. *in princ.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 17. *num.* 1. *in corp.*
(3) *Argum. l. Si cui res* 58. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(4) *L. Non tantum* 5. *ff. ratam rem haberi* (46. 8.)

§. 1112.

Si autem quaeratur, utrum usurae solvi debeant ex die solutae partis debiti, distinguendum est, an chirographo promissae fuerint, nec ne. In primo casu ab eo die omnino debentur (1); quia nihil vetat, a debitore agnosci bonam fidem etiam extra judicium; cum judicia, ait Faber post Theophilum, non sint comparata, nisi in per-

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4 tit. 32.

fidos (2), aut invitos (3): quod autem operatur solutio partis debiti idem parit confessio debitoris, quae expressam agnitionem continet (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 26. num. 2. in corp., et num. ult. in allegation. in fin.*

(2) *Fab. d. definit. 26. allegation. ult.*

(3) *L. Si reus 73. ff. de procuratorib.* (3. 3.), *l. Si debitori 21. ff. de judic.* (5. 1.)

(4) *L. 1., et passim ff. de confessis* (42. 2.), *Fab. d. defin. 26. num. 2. in corp.*

§. 1113.

Sed, si usurae chirographo neutiquam promissae fuerint, ex solutione patris debiti fieri nequit, ut ab eo die incipiant currere usurae (1), cum solutio moram non inducat, immo potius prosit ad purgandam moram, si quae prius contracta fuerit: utique vero ex inveterato pragmaticorum placito a tempore solutionis bona creditoris tacite obligata intelliguntur; nimirum ex tacita chirographi agnitione (2). Idem dicendum de confessione debitoris agnoscentis chirographum extra judicium; ita ut bona quidem a die confessionis obligata habeat; sed ad usuras non teneatur, nisi eas chirographo promiserit (3); cum in judiciis stricti juris usurae neutiquam promissae nonnisi post litem contestatam solvantur (§. 1088.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 17. num. 4. in corp.*

(2) *Fab. d. definit. 17. num. 3. in corp.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. defin. 26. num. 2. in corp.*

§. 1114.

Exceptio superiori regulae, qua diximus, usuras pecuniae chirographariae licet expressim promissae sint, non solvi, nisi a die recogniti, vel denegati chirographi (§. 1111.), admittitur in eo casu, quo agatur judicio mandati (1), vel negotiorum gestorum (2): nimirum quo quis pro debitore chirographario solverit; cum enim tum mandatarium, tum negotiorum gestorem indemnem servari aequum sit, ne damnum ex officio alteruter sentiat (3), usurae debentur ab eo die, quo pecunia soluta fuit (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 26. num. 1. in corp.*

(2) *Fab. ibid. definit. 20.*

(3) *L. Ex mandato 20. ff. mandati* (17. 1.), *l. Atquin natura 19. §. Non tantum 4. ff. de negot. gest.* (3. 5.)

(4) *Fab. d. definit. 20. num. 3. in corp.*

§. 1115.

Si quis se aliquid facturum promiserit, puta ut Titio intra annum fundo Corneliano frui liceat: ac, nisi id fecisset, daturum se poenae nomine centum; elapso die, quin ulla desideretur interpellatio, poena quidem committitur (1), sed usurae non currunt, nisi ab eo tempore, quo poena petita fuit (2); cum enim Titius, etiam elapso die, consequi possit, si malit, quod per se, et primario promissum est (3), non potest videri promissor in mora solvendi poenam, ut et illius usuras praestet.

(1) *L. Quid tamen 21. §. ult. ff. de recept.* (4. 8.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. defin. 18.*

(3) *L. Praedia 28. ff. de action. empti* (19. 1.)

§. 1116.

Litis sumptuum usuras deberi, si reus moram in illis solvendis fecerit, apud omnes constat, neque enim censeri possunt jure accessionum, sed debitum principale constituunt (1): currere porro non incipiunt a die sententiae, sed tantum a die taxationis (2): quia ante taxationem nescire potest debitor, quid, et quantum in debito sit: adeoque non potest videri positus in mora solvendi (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 12. in princip.*

(2) *Fab. ibid. num. 3. in corp.*

(3) *L. Si quis solutioni 24. ff. hoc tit.*

§. 1117.

Instit. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Quae hactenus diximus de effectibus morae, ei tantum nocent, qui moram contraxit, non caeteris, ne correo quidem (1); quia quisque culpae suae poenas ferre debet, non alter, qui innocens sit (2). An vero, et quousque debitoris mora noceat fidejussori, suo loco expendemus.

(1) *L. Mora* 32. §. *penult. ff. hoc tit., l. In condemnatione* 173. §. *Unicuique* 2. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Sancimus* 22. *cod. de poenis* (9. 47.)

§. 1118.

Quandoque etiam contingit, ut mora non noceat moratori ipsi, videlicet si fuerit purgata, ut ajunt: facile autem admittitur morae purgatio, si creditoris nihil intersit, puta quia modicum tempus intercesserit (1). Nec aliud statuendum, si actor, cujus non interest, jus suum cesserit, atque cessionarii intersit: non habebitur ratio, ait Faber, hujus utilitatis (2); ne ex facto cedentis durior fiat conditio debitoris cessi, quod non licet (3).

(1) *L. Si ita quis* 135. §. *Seja* 2. *in fin. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 30. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 30. *num.* 1. *in corp.*

(3) *L.* 1. *ff. de alienation. judic. mutand. caus. fact.* (4. 7.)

§. 1119.

Sed difficile admittitur etiam in poena morae purgatio, postquam coepit interesse creditoris (1); maxime si ea purgatio nullam creditori utilitatem allatura sit; quia creditor jam consecutus sit, quod facto, et diligentia promissoris consequi debuerat (2); cum mora purgari nequeat, nisi omnia reponantur in eo statu, quo ante moram fuerant; non possunt autem, cum creditor industria, et diligentia sua comparavit, quod promissor dare tenebatur (3).

(1) *L. Quid tamen* 21. §. *ult., l.* 22., *et* 23. *in princip. ff. de recept.* (4. 8.), *l. Etsi post tres* 8. *ff. si quis cautionib.* (2. 11.), *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 18. *num.* 10. *in corp.*

(2) *Fab. d. definit.* 18. *in fin.*

(3) *L. Si pro re pupilli* 22. *ff. de evictionib.* (21. 2.)

§. 1120.

Neque etiam admittitur morae purgatio, cum statim a mora jus novum creditori quaesitum est, quod ideo auferri non sinit aequitas: puta si quis rem emerit, et acceperit sub pacto legis commissoriae; atque ultra praefinitum tempus pretii solutionem distulerit, deinceps pretium offerendo nihil agit, invito venditore, cui ex primo morae tempore quaesita est facultas revocandae rei venditae (1). Idem est de colono, qui fundum in quinquennium locaverit, nec tamen locator fundi usum praestiterit; statim agere potest ad id, quod interest: nec locator ei usum sequentibus annis praestando liberatur (2).

(1) *L. Trajectitiae pecuniae* 23. *in fin. ff. de obligat., et actionib* (44. 7.)

(2) *L. Si in lege* 24. §. *Colonus* 4. *ff. locati* (19. 2.)

§. 1121.

Si creditor, cui jus per moram promissoris quaesitum fuit, jus suum expresse, vel tacite remittat, nemini dubium, quominus mora purgetur (1); cum ex trito axiomate, unusquisque juribus sibi competentibus renunciare possit (2): tacite autem remissa judicatur mora per novationem principalis debiti (3); quia novatio debitum in aliam speciem transfert, in quo mora adhuc contracta videri non potest.

(1) *L. De lege* 6. §. *ult., et l. seq. ff. de lege commissor.* (18. 3.)

(2) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pact.* (2. 3.)

(3) *L. Stichum* 8., *l. Si creditor* 15. *ff. de novationib.* (46. 12.)

§. 1122.

Inst. l. 3. tit. 15. Fieri quoque potest, ut purgetur mora facto illius, seu mora posteriore per eum
ff. l. 22. tit. 1. commissa, cui prius facta fuerat (1): puta si promissor Stichi in mora solvendi fuerit;
Cod. l. 4. tit. 32. deinceps vero creditori, cui dilatio noxia non fuit (§. 1106.), Stichum offerat: isque accipere nolit: prior debitoris mora ita per posteriorem creditoris purgatur, ut debitor liberetur, si Stichum amplius dare nequeat; quia aufugerit, vel interemptus sit (2): ita profecto suadet aequitas (3).

(1) *L. Interdum* 73. §. *ult.*, *l. Si servum* 91. §. *Sequitur* 3. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

(2) *L. Quid decem* 72. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(3) *D. l.* 91. §. 3. *ff. de verbor. obligat.*

CAPUT V.

Quae sit usurarum quantitas.

SUMMARIA.

Certam usurarum quantitatem definiri publice interest. §. 1123.

Usurarum quantitas diversa est in diversis locis, atque etiam in eodem loco diversis temporibus. §. 1124.

Usura centesima in nautico foenore potissimum apud Romanos permissa fuit. §. 1125.

An liceat de gravioribus usuris pacisci propter periculum sortis, quod creditor sponte subeat? §. 1126.

Cur in speciebus, seu rebus, quae usu consumuntur, graviores usurae permissae fuerint? §. 1127.

Usurae graviores, vel leviores pro personarum, et negotiorum diversitate apud Romanos permittebantur. §. 1128.

Usurarum quantitas Romano jure praescripta vix hodiernis moribus servatur. Quae olim apud Sabaudos esset? §. 1129., *et* 1130.

Mercatoribus facilius permittuntur usurae majores ratione lucri cessantis, seu ejus, quod interest. §. 1131.

Mercatores jure communi quoad usuras uti debent, quoties extra caussam negotiationis contrahunt. §. 1132.

Quid si mercatores merces vendiderint alicui ad proprium, et familiae usum? §. 1133.

Argentariis, seu trapezitis graviores usurae permittuntur, si creditores sint ex caussa negotiationis, vel argentariae mensae. §. 1134.

Usurae communes hodie apud nos sunt quadrantes cum dimidio. §. 1135.

Usura moderata dici debet, quae in regione frequentatur, atque fructibus praediorum respondet. §. 1136.

Justus usurarum modus aestimatur ex communi fructuum valore, non ex momentaneo, et insolito. §. 1137., *et* 1138.

Usurarum legitima quantitas dijudicatur a loco, in quo solutio fieri debet. §. 1139.

Quid si debitoris bona, in sortis, et usurarum securitatem obligata, sita sint in loco, ubi leviores usurae probantur? §. 1140.

Si usurae graviores, quam licet, promissae fuerint, conventio inutilis est pro ea tantum parte, quae legitimum modum excedit. §. 1141.

Usuris generatim promissis, non expressa quantitate, debentur, quae in regione frequentantur. §. 1142.

Usurae non debentur, nisi appareat, de quibus senserint contrahentes. §. 1143.

De usuris gravioribus pacisci licet ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis. §. 1144., *et* 1145. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Damnum emergens, vel lucrum cessans probare debet, qui usuras alterutro titulo graviores postulat. §. 1146.

Qui graviores usuras promittit intra certum tempus, nec praefinito die solvit, ad eas teneri pergit: maxime si post elapsum tempus graviores solverit. §. 1147., *et* 1148.

Usurarum majorum conventio soli nocet paciscenti, non alteri; nisi hic aliis conventionis partibus uti velit. §. 1149., *et* 1150.

Dotis usurae majores, vel minores pro personarum, et rerum diversitate praestantur. §. 1151.

Usurae ultra legitimum modum solutae imputantur in sortem: nisi pupillo, minori, vel aliis minorum jure utentibus solutae fuerint. §. 1152.

Cessionarius ex caussa onerosa non tenetur usuras cedenti ultra modum solutas in sortem imputare. §. 1153.

Quid si bona fide censum emerit, cum venditor annuos proventus graviores percepisset? §. 1154.

Redditus annui certa quantitate aestimati in fructibus ad normam legitimarum usurarum redigi debent. §. 1155.

Usurarum legitimarum modus servari debet etiam in censibus. §. 1156.

§. 1123.

Superius diximus, usuras recte dividi in legitimas, et non legitimas: ita ut legitimarum usurarum nomine intelligantur illae, quas leges probant, seu modum a legibus constitutum non excedunt; vel quae in regione, qua contractus celebratus est, frequentantur (§. 1007.); cum enim usurae licite accipiantur, ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis (§. 1017.): aliae autem in foro externo permitti, seu tolerari debeant (majoris incommodi evitandi gratia), legislatoribus aequum visum fuit usurarum quantitatem definire; quam praetergredi non liceat, ut ita modus servetur, quo et creditorum indemnitati prospectum sit, nec debitores ob creditorum avaritiam nimis graventur.

§. 1124.

Non eadem porro usurarum quantitas apud omnes populos praefiniri debet; immo nec in eodem loco, sed diversis temporibus; quippe pro nummorum copia, vel parcitate, regionis abundantia, vel egestate, nec non civium indole, aliisque negotiorum, et temporum adjunctis modo majores usurae publica auctoritate constituuntur, modo minores.

§. 1125.

Usura centesima, apud Romanos, seu quae centesimo mense sortem aequat (§. 1003.), maxima habita fuit, atque gravissima; nec ideo promiscue permissa, sed certis tantum in casibus, nimirum in nautico foenore, seu pecunia trajectitia (1), idest pecunia, merce, aliave re trans mare vehenda periculo creditoris (2): sane ob periculum pecuniae amittendae, quod subit creditor, contra mutui naturam (3), nemini dubium, quominus usuras licite lucretur, et quidem graviores, vel tenuiores, habita ratione periculi (4).

(1) *L. Eos, qui* 26. §. 1. *codic. hoc tit.*
(2) *L.* 1., *l. In quibusdam* 7. *ff. de nautic. foenore* (22. 2.)
(3) *L. Mutuum* 2. §. *Appellata* 2., *et seq. ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(4) *Quippequod pretio aestimatur, majore, vel minore.*

§. 1126.

Quod si objiciatur rescriptum Gregorii IX, quod juxta vulgatos Codices ita legitur: *Naviganti, vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem, eo quod*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4 tit. 32.

suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus (1), passim respondent, lectionem hanc vitiosam esse, atque particulam negativam adjiciendam esse, et legendum, *usurarius non est censendus:* prout demonstrat series ejusdem rescripti: subjicit enim Summus Pontifex: ille quoque, *qui dat decem solidos, ut alio tempore totidem sibi grani, vini, vel olei mensurae reddantur, quae licet tum plus valeant, utrum plus, vel minus solutionis tempore fuerint valiturae, verisimiliter dubitatur, non debet ex hoc usurarius reputari* (2): atque idem deinceps tradit de eo, qui merces carius vendit, quam tunc valeant, sed pretium in aliud tempus recepturus, quo pluris valiturae creduntur, si tunc non fuisset venditurus (3): conjunctio prioris casus cum posterioribus demonstrat idem pro omnibus jus statui: quod si vulgaris lectio retineatur, dici potest, Gregorium IX loqui de breviore itinere, quod vix ullum probabile periculum adnexum habeat.

(1) *Cap. Naviganti ult. extra de usur.* (5. 19.)
(2) *D. cap. ult. fere in princ.*
(3) *D. cap. ult. in fin.*

§. 1127.

Praeter nauticum foenus, seu trajectitiam pecuniam, usurae centesimae jure Romano etiam probatae fuerunt in speciebus, idest rebus, quae usu consumuntur, puta vino, oleo, frumento (1): imo et paullo amplius deinde concessit Justinianus in fructibus aridis mutuo datis, nempe frumento, hordeo, et similibus, cum octavam partem accipi permiserit (2); quod temporum calamitas extorsit, atque simul periculum, ne hujus generis merces viliore admodum pretio sint, cum restituuntur. Illos quoque, qui post quatuor menses a die condemnationis pecuniam, quam solvere jussi sunt, distulerint, judicato satisfacere, centesimas usuras solvere debere placuit Justiniano (3), sortis utique, non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt (4).

(1) *L. Eos, qui 26. §. 1. versic. In trajectitiis autem cod. hoc tit.*
(2) *Novell. 34. cap. 1.*
(3) *L. Eos, qui condemnati 2. cod. de usur. rei judicat.* (7. 54.)
(4) *L. Sancimus 3. cod. eod. tit.*

§. 1128.

Extra hos casus usura maxima mercatoribus, atque argentariis permissa fuit bessalis (1), personis illustribus triens centesimae, caeteris vero semissis (2). Quod autem prius constitutum fuerat, ut socius, qui in rei communis refectionem solus impendisset, partem a socio cum usuris centesimis exigere posset (3), posteriore Justiniani constitutione abrogatum fuit (4): quinimmo Imperator Leo eas ad trientem centesimae generatim reduxit (5).

(1) *Novell. 136. cap. Quia vero 4., et seq.*
(2) *D. l. Eos, qui 26. §. 1. cod. hoc tit.*
(3) *L. Si, ut proponis 4. cod. de aedific. privat.* (8. 10.)
(4) *D. l. Eos, qui 26. §. 1. codic. hoc tit.*
(5) *Costit. Leon.* 83.

§. 1129.

Usurarum quantitas a Romanis legislatoribus praescripta alicubi adhuc servatur, potissimum in pecunia trajectitia (1): quod vero ad alias mutui species pertinet, singulares locorum leges, quae pro tempore vigent, consulendae sunt: apud Sabaudos olim majores erant besses, dodrantes, aut etiam dextantes, non ultra (2), quae vero magis frequentabantur, erant septunces ex conventione, quincunces ex judicato, si conventio nulla praecessisset (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib. 22. tit. 1. num. 38., pratic. legal. part. 2. num. 2. pag. 216. littera B, et pag. 265. §. 66.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 1. *allegat.* 1., *ubi pro* sextantes, *prout in quibusdam exemplaribus ex Typographorum lapsu legitur,* dextantes, *seu decem pro centum, legi debet; sextantes enim non majores, sed minimae sunt.*

(3) *Fab. d. def.* 1. *allegat.* 1.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1130.

Porro, subjicit Faber, etiam cum inter mercatores agitur, non solet Senatus noster usuras majores quincuncibus adjudicare, si nulla praecesserit conventio, nec probet mercator, se coactum fuisse, ut sub gravioribus usuris mutuam pecuniam acciperet (1); atque hic usurarum modus honestior visus est, praesertim inter Christianos, quos deceret, ex sacrosancto religionis nostrae praescripto, fame potius perire, quam ullas, vel quantulascumque usuras accipere: nisi civilis legislator publicae societatis tuendae gratia potiorem avaritiae, quam salutis singulorum habere rationem cogeretur. Verba haec sunt laudati Jureconsulti ex Senatus Sabaudi sententia (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 2. *in princ.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 2. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

§. 1131.

Casus excipiuntur, quo ampliores usurae conventae sint, vel quo mercator probet, se sub gravioribus usuris, quam quincunces sint, mutuam pecuniam sumere coactum fuisse (§. praeced.): etenim mercatoribus facilius permittuntur usurae graviores ratione lucri cessantis, quod ex negotiatione plerumque percipiunt: quod si damnum ex dilata mutui solutione passi sint, aequum est iis succurri, non praecise, tamquam usuris adjectis, sed potius loco ejus, quod interest (1): quod ex naturali aequitate debetur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *d. def.* 2. *num.* 3. *in allegat.*

(2) *L. Nummis depositis* 3. *ff. de in litem jurand.* (12. 3.)

§. 1132.

Cur autem passim solvantur usurae quincunces, ratio affertur, quia meliorum fundorum reditus huic usurarum modo respondet (1): atque mercatores uti debent jure communi, cum extra caussam negotiationis emunt, conducunt, vel pecuniam credunt (2). Sed si pecunia mercatori debeatur ex negotiatione, puta mercibus ab eo comparatis, usurae majores iis permitti solent, jure quidem Justinianeo bessales; alibi, veluti apud nos, semisses (3) quibusdam in locis septunces, vel etiam centesimae (4): Judaeis autem, ut supra innuimus, usurae graviores permittuntur in mutuo, pro mercibus autem usuras mercatoris excedere non possunt (5): atque extra has caussas ultra communes usuras non consequuntur (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 2. *allegat.* 5.

(2) *Fab. d. definit.* 2. *allegat.* 1., *Reg. Constitut. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 2. §. 24.

(3) *Reg. Constitut. d.* §. 24.

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 3.

(5) *V. supra* §. 1062., *ad* 1065.

(6) *Exemplo mercatorum.*

§. 1133.

Quod spectat ad merces a negotiatoribus venditas aliis, qui negotiationem non exercent, sed ad proprium, et familiae usum comparant, relatio crediti in librum negotiationis non sufficit, sed interpellatio judicialis desideratur ad debitorem in mora constituendum, ut deinceps usurae mercatoriae ab eo exigantur (1): ita sane constituendum fuit, cum merces ad familiae usum, fide de pretio habita, atque dilatione solutionis concessa, plerumque vendi a negotiatoribus soleant; atque ideo cariore etiam pretio, quam si praesenti pecunia contraheretur.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 2. §. 25.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1134.

Negotiatoribus, nec non trapezitis, seu argentariis usurae graviores permittuntur, si creditores sint ex caussa negotiationis, vel argentariae mensae; quin intersit, utrum pecunia a negotiatoribus debeatur, an ab aliis (1): dummodo summarie per duos testes probent, citata parte, se ex numero negotiatorum, vel argentariorum esse, usurae semisses adjudicari possunt, non majores, nisi vere, et specifice demonstrent, se ex dilata solutione gravius damnum passos fuisse (2): sed regula haec non pertinet ad usuras publicae permutationis pecuniae, seu litteras, ut ajunt, cambii (3); quia hae modo majores, modo minores solvuntur pro diversis commerciorum adjunctis (4).

(1) *Reg. Constitut. d. lib. 2. tit. 16. cap. 2. §. 24. in princip.*

(2) *Reg. Constitut. d. §. 24. fer. in med.*

(3) *Reg. Constitut. d. §. 24. in med.*

(4) *V. Reg. Constitut. lib. 2. tit. 16. cap. 3.*

§. 1135.

Caeteris, qui nec mercaturam, nec negotiationem, nec mensam argentariam, seu nummulariam exercent, aut his extra negotiationis, et mensae caussas, solae permittuntur usurae juris communis (1): quarum quantitas non una diversis temporibus fuit, sed modo major, modo minor, prout adjuncta suaserunt: non tamen quincuncibus majores ab initio hujus saeculi permissae fuerunt, sed modo trientes, modo quincunces, tum rursus trientes, postremo quadrantes cum dimidio decretae fuerunt (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib. 2. tit. 16. cap. 2. §. 24.*

(2) *V. Pratic. legal. part. 2. Tom. II. §. 6. pag. 212.*

§. 1136.

Ex his facile solvi potest quaestio Senatui Sabaudo olim proposita. Avus, cum generi mores suspectos haberet, nepotibus ex filia praemortua, pro omni legitimae jure legaverat certam pecuniae quantitatem, solvendam utique genero, sed dummodo idonee caveret, se eam pecuniam filiis suis post mortem suam restituturum: quod si cautionem idoneam gener non praestitisset, jusserat testator, pecuniam mercatori idoneo solvi, qui nepotibus moderatas usuras praestaret. Defuncto patre ante datam satisdationem, censuit Senatus, a moroso haerede communes tantum usuras, idest quincunces nepotibus solvendas esse (1); tum quia testator huic casui non prospexit: adeoque sub juris communis dispositione remanet (2); tum quia testator moderatas a mercatore usuras praestari jusserat; moderatae autem diei debent, quae in regione frequentantur, atque respondent fructibus praediorum (§. 1132.), tum denique, quia si legitima in corporibus bonorum debita fuisset, non pluris fuissent aestimati illius fructus (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 21.*

(2) *L. Si cum dotem 22. in princip. ff. solut. matrimon.* (24. 3.), *l. Commodissime 10. ff. de liberis, et posthum.* (28. 2.)

(3) *Fab. d. defin. 21. num. 8. in corp.*

§. 1137.

Nec aliud erit, subjicit Faber, si proponas, toto morae tempore eam fuisse mercium et fructuum, qui ex bonis haereditariis percepti sunt, aestimationem, ut ex eorumdem alienatione longe plus percipi potuerit, quam ferat ratio usurarum quincuncium (1); quia justus modus usurarum, quae vice fructuum praestantur, aestimari debet ex communi valore fructuum, non ex momentaneo, atque insolito (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. definit. 21. num. 9. in corp.*

(2) *L. Praetia rerum 63. in princip. ff. de leg. Falcid.* (35. 2.); *Fab. d. definit. 21. num. 9. in corp.*

§. 1138.

Hinc obiter tradit laudatus Faber, si venditus sit reditus annuus ad modum usurarum septuncium, certo pretio constituto, isque reditus sua die solutus non sit, usuras

ejus quantitatis utique deberi etiam sine interpellatione, sed quincunces dumtaxat, atque tantum a die, quo reditus annuus praestari debuit (1), videlicet tamquam fructus rei venditae (2); quia reditus in venditionibus non est usura pretii, sed res ipsa vendita (3): atque, cum hic interveniat emptio, et venditio, ex una parte esse debet pretium, atque res ex altera (4).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib. 4. tit. 24. d. definit. 21. allegat.* 10. ✠

(2) *Ex l. Curabit 5. cod. de actionib. empti* (4. 49.)

(3) *Fab. d. definit. 21. allegat. ult., et cod. de pact. inter emptor., et venditor. lib. 4. tit 36. definit. 13. num. 15. in corp., et num. 19. in allegat.* ✠

(4) *L. 1. ff. de rerum permutation.* (19. 4.)

§. 1139.

Sed quid dicendum, si graviores in uno loco, leviores usurae in alio permittantur? Quaestio dijudicanda videtur ex legibus loci, in quo solutio fieri debet; quia ibi plane contractus censetur celebratus, in quo complementum accipit (1): modo bona fide negotium gestum fuerit, nec in fraudem legitimarum usurarum alius solvendo locus electus sit, in quo graviores usurae permittuntur (2).

(1) *L. At ubi 3. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *l. Contraxisse 21. de obligationib., et actionib.* (44. 7.)

(2) *Argum. l. Non dubium 5. princip., et* §. 1. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 1140.

Porro ad obtinendas majores usuras creditor agere poterit adversus bona, in sortis, et usurarum securitatem hypothecae obnoxia, licet haec constituta sint in loco, in quo solae leviores probantur (1); quia hypotheca, utpote principalis obligationis accessorium, illius naturam sequi debet (2), non contra: neque juris regulae obstant, quominus indirecte, et secundario leges loci, quo sita sunt bona, laedi videantur, ex quo nihil in earum fraudem factum fuit (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib. 22. tit. 1. num. 6. in fin.*

(2) *L. Nihil dolo 129.* §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *Argum. l. Qui Titii 7. ff. de his, quae ut indign. auferunt.* (34. 9.)

§. 1141.

Quod si major usurarum quantitas in conventionem deducta fuerit, quam revera liceat, non infirmatur in totum conventio, sed tantum pro ea parte, qua modum a legibus praefinitum excedit (1); quia utile per inutile non destruitur, cum agitur de rebus, quae divisionem recipiunt (2); ita autem modus in usuris servandus visus fuit Romanis prudentibus, ut nec testatori concesserint facultatem gravandi haeredem ad usuras legitimis majores, ob moram in legatis certae quantitatis praestandis commissam (3).

(1) *L. Placuit 29. ff. hoc tit.*

(2) *L. 1.* §. *Sed si mihi 5. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *L. Si legatum 3.* §. *ult. ff. de annuis legat.* (33. 1.)

§. 1142.

Conventione de usuris facta, neutiquam expressa earum quantitate, quibusdam placet, nullas deberi propter incertitudinem (1): alii contra defendunt, usuras, quae in regione frequentantur, in hoc casu solvendas esse; quia de his plane praesumantur contrahentes sensisse (2): atque contrahentium verba ita, quantum fieri potest, sint interpretanda, ut aliquid operentur (3): nisi ad abundantiorem, ut ajunt, cautelam adjecta appareant: quod in hac re dici non potest.

(1) *L. Quod in stipulatione 31., l. Tutor 41.* §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Si stipulatus 4. ff. hoc tit.*

§. 1143.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Neque aliud sentit Ulpianus, cum ait, *quod in stipulatione sic adjectum est, et usuras, si quae competierint, nullius esse momenti* (1): etenim Jureconsultus agit de usuris praeteritis, non certo debitis, sed incertis, quae idcirco ex hac stipulatione peti non possunt, nisi deinceps et debitum usurarum, et quantitas demonstretur. Modestinus vero recte docet, peti non posse usuras, nisi appareat de quibus senserint contrahentes, cum instrumento conceptum erat, ut debitor sortem redderet cum usuris *placitis* (2); quia hic non generatim facta perhibetur de usuris conventio, sed quantitas expressa dicitur: cum autem de ea non constet, judex divinare non potest, quae placuerint contrahentibus usurae: adeoque nec in ullam quantitatem condemnare debitorem.

(1) *D. l. Quod in stipulatione* 31. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Tutor* 41. *§. ult. ff. hoc tit.*

§. 1144.

In quaestione, utrum liceat pacisci de usuris ultra modum a legibus praestitutum ex caussa damni emergentis, et lucri cessantis; puta si quis vendat praedium urbanum, vel rusticum, data emptori dilatione ad solvendum, cujus fructus respondeant usuris quincuncibus, vel semissibus, cum tamen in regione trientes tantum, vel quadrantes permittantur. Negant aliqui, asserentes, hac semel admissa sententia, viam patere fraudibus, quippe in promptu erit ratio ad excusandas graviores usuras, allegato damni emergentis, vel lucri cessantis titulo.

§. 1145.

Affirmant alii, quorum sententiam supra amplexi sumus (§. 1024., ad 1026.) licite peti usuras legitimis graviores, si modo de damno emergente, vel lucro cessante constet non per solam partium assertionem, quae fraudis suspecta est, nisi quibusdam, adminiculis fulciatur (1): quia emptor juste conqueri non potest, cum pro usuris fructus praedii percipiat; leges autem, cum usurarum quantitatem definiunt, ad singularem hunc casum non respiciunt, nec eum generali sanctione comprehendunt: praeterquamquod graviores in hoc casu usurae non praecise tamquam pecuniae accessiones, sed loco ejus, quod interest, accipiuntur (2): nemo autem dubitat, quominus id, quod interest, legitimum usurarum modum excedere possit (3): atque hinc Regio jure cavetur, ut mercatoribus, atque negotiatoribus usurae ultra semisses non adjudicentur; sed statim exceptio subjicitur, nisi vere, et specifice demonstrent, se ex dilatione solutionis gravius damnum passos fuisse (4).

(1) *Argum. l. unic. cod. de sentent., quae pro eo, quod interest* (7. 47.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 2. *num.* 3. *in allegat.*
(3) *Fab. d. definit.* 2. *num.* 2. *in corp., et d. allegat.* 3.
(4) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 2. *§.* 24. *fer. in med. V. supra* §. 1131.

§. 1146.

Ex his patet, non nocere argumentum a contra sentientibus pro firmanda sua opinione allatum (§. 1144.), tum quia aditus fraudi utique pateret, si contrahentium assertioni fides statim adhibenda diceretur, non vero si probatio damni emergentis, vel lucri cessantis requiratur (§. praeced.); tum quia periculum, quod ex aliqua sententia interdum imminet propter hominum improbitatem, justa reprobandae sententiae caussa non omnino est; cum periculo fraudis obviam iri possit; praeterquamquod vix aliquod negotium est, quod impiorum fraudibus sit impervium. Quae autem probationes in hac re sufficiant, judicis est, singulis rerum, et personarum adjunctis serio pensatis, aestimare; adhibito potissimum judicio peritorum.

§. 1147.

Si quis ex justa caussa se obligaverit ad majores usuras intra certum tempus solutioni faciendae praestitutum, nec tamen sua die solverit, ad eas teneri pergit, quam-

diu debitum solutum non sit (1); tum quia haec mens contrahentium merito praesumitur; tum quia alioquin debitor ex culpa, seu mora sua emolumentum sentiret, quod ab aequitate alienum est (2); atque creditor in damno esset propter debitoris moram, quae immo auctori suo nocere debet (3), non alteri.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Mora* 88. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

§. 1148.

Hoc autem, subjicit Faber, maxime obtinet, si post elapsum tempus, de quo convenerat, usuras sequentibus annis ad eumdem modum solutas fuisse appareat (1): quia hinc colligitur voluntas contrahentium, quae servanda est, licet contraria sit priori stipulationi, a qua contrahentes recessisse censentur (2); cum immo sola usurarum uniformis per plures annos solutio sufficiat citra pactum ad inducendam obligationem (3): dummodo per tempus praescriptioni necessarium, et tamquam debitae solutae fuerint (4). Idem porro dicendum, si non usurae, sed quid aliud usurarum loco praestari convenerit, dummodo legitimarum usurarum modus non excedatur (5), nec indirecte fraudem legi facere velint contrahentes (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 1. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Qui semisses* 13. *ff. hoc tit.*, *l. Adversus creditorem* 5., *l. Quamvis* 8. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Cum de in rem verso* 6. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 1. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(4) *L. Creditor* 7. *cod. hoc tit.*, *l. Si certis* 28. *cod. de pact.* (2. 3.), *Fab. d. def.* 1. *num.* 6. *in allegat.*, *et cod. uti possidet. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 7.

(5) *Fab. d. def.* 1. *in fin.*

(6) *L. Pecuniae* 9. *princip.*, *et* §. 1., *l. Placuit* 29. *ff. hoc tit.*

§. 1149.

Quod pertinet ad majorum usurarum conventionem, cum eodem Fabro animadvertendum est, eam nocere quidem paciscenti, non alteri, nisi hic alias conventionis partes sibi prodesse velit (1). Haec fuit species patribus proposita. Sempronius Titii creditor transegerat cum Maevio ejusdem Titii pariter creditore in utilitatem Titii, atque Maevio graviores usuras promiserat. Placuit, Titium hac conventione non teneri, nisi post moram ipsius conventio inita fuerit (2); quia paciscendo quisque sibi quidem nocet, non alteri (3): nisi hic culpa lata, seu mora damno caussam dederit; quia tunc damnum sibi potius, quam conventioni ab alio initae imputare debet.

(1) *L. Non debet* 74. *ff. de regul. jur.* (50. 17.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 32.

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 32. *in princip.*

(3) *L. Si unus* 27. §. *Pacta* 4. *in fin. ff. de pact.* (2. 14.), *l. Debitorum* 25. *cod. eod. tit.* (2. 3.)

§. 1150.

Sed, si Titius uti velit conventione, quatenus in sui utilitatem vergit, omnino etiam probare tenetur graviorum usurarum promissionem (1). Conditio igitur Titio deferenda est, ut vel omnia, quae a Sempronio gesta sunt, probet; vel praestet Maevio primo creditori, quidquid deberetur, si ei noudum satisfactum esset (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *d. def.* 32. *num.* 2. *in corp.*, *l. Cum quaeritur* 16. *ff. de administration.*, *et pericul. tutor.* (26. 7.)

(2) *L. Tutor urgentibus* 47. *ff. de minoribus* (4. 4.), *Fab. d. definit.* 32. *in fine.*

§. 1151.

Usurarum, quae pro dilata mulieris odio dotis restitutione post nuptias dissolutas solvuntur, quantitatem eamdem semper non esse, alibi animadvertimus (1): sed modo

Cod. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. sol. tit. 1. d. l. 4. tit. 32.

majores, modo minores, habita ratione facultatum mariti, conditionis, aetatis personarum; aliisque etiam adjunctis pensatis; itaut mulieris convenienti sustentationi, quoad fieri potest, consulatur, quin tamen nimis graventur mariti haeredes.

(1) *V. Tom. V. pag.* 88. §. 306., *et seqq.*

§. 1152.

Conventio de usuris ultra modum a legibus definitum praestandis in eo tantum, quod excedit, infirmatur, prout supra diximus (§. 1141.): quod si jam solutae fuerint, in sortem imputantur (1), ejusque compensatio fit (2). Quidam tamen casus sunt ab onere imputationis, et compensationis excepti: atque imprimis imputationi non subjacent usurae ultra modum solutae, si pupillo, minori, Ecclesiae, aliisque minorum jure utentibus, et sub aliorum administratione necessario constitutis solutae fuerint; vel etiam ex caussa dotis (3); cum enim tutores, aut curatores in dispendium eorum, quorum bona administrant, usuras indebitas accipere nequeant, sponte sequitur, sortem ex solutis hisce usuris non minui; utique vero restituendas esse, si in rem pupillorum, minorum, aliorumve versae sint, ne cum alterius jactura fiant locupletiores (4): atque idem obtinet in dote, cum nec mulier, nec maritus illius conditionem deteriorem efficere possint, et multo minus eam minuere (5).

(1) *L. Si non sortem* 26. *in princ. ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

(2) *L. Si constat* 4., *l. Quoniam liberum* 10. *cod. de compensationibus* (4. 31.)

(3) *Argum. l. Debitor* 19. *ff. de compensationibus* (16. 2.)

(4) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condiction. indebit.*

(5) *L. Reipublicae* 2. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§. 1153.

Altera exceptio obtinet, cum agitur de credito alteri cesso ex caussa onerosa; licet enim exceptiones, debitori cesso adversus cedentem competentes, exerceri plerumque valeant adversus cessionarium (1); haec tamen regula fallit, si cessionarius ex caussa onerosa cessionem habuerit, atque novatio, vel delegatio facta sit (2): quippequo casu debitori cesso sola superest actio adversus creditorem cedentem; cum cessionarius ex propria persona agat, et proprio jure utatur (3).

(1) *Thesaur. decis.* 221. *num.* 1.

(2) *Fab. cod. de compensationibus lib.* 4. *tit.* 23. *def.* 3. *num.* 2. *in corp.*, *Thesaur. d. decis.* 221. *num.* 3. ✠

(3) *L. Si delegatio* 3. *in fin. codic. de novationib.* (8. 42.)

§. 1154.

Idem ex rationis identitate affirmandum favore illius, qui censum emerit cum bona fide; licet enim venditor annuos proventus supra modum a legibus definitum perceperit, si tamen, censuario sciente, et consentiente, venditio peracta fuerit, sola adversus venditorem ei competit actio ad repetendum, quod indebite solutum est, non vero potest id, quod excedit, in sortem imputare (1).

(1) *Argum. d. l. Si delegatio* 3. *in fin. cod. de novationibus* (8. 42.)

§. 1155.

Quia autem sollicite cavendum est, ne usuris legitimis fraus fiat (1); idcirco si quis reditum annuum certa quantitate aestimatum in fructibus, puta tot cadis vini, aut olei, vel tot modiis frumenti consistentem emerit, prout fieri potest, modus servandus est, ne sub emptionis specie usurae immodicae exerceantur (2): atque ideo D. Emmanuelis Philiberti Edicto olim praescriptum fuit, ut hujusmodi reditus converterentur in usuram pecuniariam ad modum usque septunciis (3), ita ut, aucto cadi, vel modii valore, liceret solvere in usuris pecuniariis septuncibus, pro solventis arbitrio (4): proinde contractus hic, quatenus modum usurarum septuncium excedit, edicti vi irritus est (5); atque usurariorum poena creditor mulctari potest (6); cum vero leviores

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

hodie pro pecunia usurae permittantur (7), non dubium, quominus infra septunces definiri debeant usurae, de quibus disputamus; puta trientes, vel ad summum quincunces, nisi singularia rerum adjuncta aliud suadeant.

(1) *L. Cum non* 16. *cod. hoc titul.*
(2) *Argum. d. l.* 16. *cod. hoc tit.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 19. *in princ.*
(4) *Fab. d. def.* 19. *allegat.* 4.
(5) *L. Non dubium* 5. *cod. de legibus* (1. 14.), *Fab. d. def.* 19. *num.* 5. *in corp.*
(6) *Fab. d. definit.* 19. *num.* 6., *et seqq. in corp.*
(7) *V. supra* §. 1129. *ad* 1135.

§. 1156.

Idem legitimarum usurarum modus servandus est in venditionibus annuae pensionis pecuniariae pro certo pretio in pecunia constituto, quae census nomine donantur (1). An vero conveniri possit, ut debitore bis, aut ter non solvente, restituenda sit emptori pecunia, non eadem est omnium sententia: negant plures, affirmant alii; quia venditoris contumacia ita puniri mereatur (2): sed de hac re fusius dicemus, cum de censibus tractabimus.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 40. *num.* 3. *in corp.*
(2) *Fab. d. def.* 40. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

CAPUT VI.

Quibus in casibus cesset usurarum praestandarum obligatio:

SUMMARIA.

Usurarum obligatio cessat, extincto debito principali per solutionem, vel praescriptionem. §. 1157.
Solutio an in sortem, an in usuras in dubio facta judicetur? §. 1158.
Solutio accepta sine protestatione purgat moram praecedentem. §. 1159.
Usurarum obligatio aliquando per se subsistere videtur. §. 1160.
Obsignatio pecuniae debitae legitimo modo facta cursum usurarum perimit. §. 1161.
An sola oblatio sufficere possit? §. 1162., *et* 1163.
Oblatio fieri debet creditori, qui solutionem accipere possit, et debeat. §. 1164.
Creditor potest oblatam pecuniam pro deposita, et obsignata habere. §. 1165.
Oblatio sola pecuniae absque depositione hodiernis moribus sufficere non videtur ad sistendum cursum usurarum. §. 1166.
Oblatio pecuniae debitae facta in judicio impedire potest, ne incipiat obligatio usurarum, quae ex sola judiciali interpellatione debentur. §. 1167.
Obsignatio pecuniae debitae non prodest, si deinceps revocetur. §. 1168.
Quid si debitor, qui obsignavit, solvere distulerit, aut recusaverit obsignatae quantitatis numerationem? §. 1169., *et* 1170.
In mora constitutus non videtur debitor, qui non habet, cui solvere possit. §. 1171.
An usurae currere desinant, si debitor prohibitus sit a judice, ne creditori solvat? §. 1172.
Quid si pretium rei immobilis venditae annua, bima, trima die solvendum sit? §. 1173.
Usurae promissae, novo judicio, licet priore non fuerint adjudicatae, coram eodem judice peti possunt. §. 1174., *et* 1175.
Quid si ex sola contractus natura debeantur? §. 1176.
Quid si quaestio sit de usuris rei venditae, nec dum solutae? §. 1177.

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

Usurarum obligatio cessare potest voluntate creditoris, qui eas expresse, vel tacite remiserit. §. 1178.

Usurae graviores remissae videntur a creditore, qui per aliquod tempus leviores sine protestatione acceperit. §. 1179., *et* 1180.

Usurarum remissio facile non praesumitur. §. 1181.

Usurae etiam particulatim solutae duplum sortis excedere nequeunt. Quid de annuis reditibus, et censibus? §. 1182., *et* 1183.

Litis contestatio efficit, ut usurae duplum sortis excedere possint. §. 1184.

Quid si lis prius contestata per longissimum tempus intermissa fuerit? §. 1185., *et* 1186.

Usurarum diminutio per se non fit ob incursum hostium, aut similes calamitates. §. 1187.

§. 1157.

Usurae, quae prius debebantur, vel quia promissae, vel quia debitor in mora solvendi constitutus esset, pluribus ex caussis currere desinunt. Atque imprimis cessat usurarum solvendarum obligatio, si debitum principale extinctum sit praescriptione (1), vel solutione (2); etenim, sublato principali, ipsum quoque accessorium toli necesse est (3): praescriptione, inquam, triginta, vel quadraginta annorum ita perimitur obligatio, ut nullae omnino usurae debeantur, nec praecedentis anni (4), saltem si ex sola mora debitae sint, non ex conventione; cum posteriore casu per se subsistere videantur (5).

(1) *L. Eos, qui principali* 26. *in princip. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 5. *num.* 1. *in corp.*

(2) *L. Qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.), *Fab. d. def.* 5. *in princip.*

(3) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *D. l.* 26. *in princip.*

(5) *L. Ubi autem* 75. §. *Qui sortem* 9. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 1158.

Quod si debitor, tum sortem, tum usuras residuas debens, quantitatem dederit sorti respondentem, in creditoris arbitrio est, pecuniam datam in sortem, vel usuras accipere (1): sed, si non expresserit, in sortem accepisse judicabitur, cum debitor in duriorem caussam solvere praesumatur (2); adeoque in sortem, ut ita ab usurarum praestatione liber fiat: haec ita, cum sortis ipsius restituendae dies venit; alioquin pro usuris facta solutio censetur (3).

(1) *L. Si usuras* 21. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Caeterum* 3., *l. In his vero* 5. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(3) *D. l.* 5. §. *ult.*

§. 1159.

Neque distinguimus, ait Faber, cum dicimus, praescriptione, vel solutione sortis perimi obligationem usurarum ex mora debitarum, an ex conventione, an officio tantum judicis debitae fuerint, dummodo propter moram (1); quia solutio accepta sine protestatione purgat moram praecedentem; indeque diluit poenam morae praecedentis (2); quia creditor, si Paulo assentimur, *accipiendo pecuniam*, etiam remisisse poenam videtur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 5. *num.* 3. *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. d. def.* 5. *num.* 4. *in corp.*

(3) *L. ult. in fin. ff. de eo, quod certo loco etc.* (13. 4.)

§. 1160.

Quod si usurae ex conventione absque ulla mora debeantur, puta si quis mutuam pecuniam ad triennium dederit, ea lege, ut interim usurae praestentur: vel fundum

vendiderit, concessa per idem tempus dilatione ad solvendum, ex solutione accepta sortis non videtur usuras per se conventas remisisse; quia in hoc casu duae sunt principales obligationes, sortis, et usurarum, quae per se subsistunt (1).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *D. l. Ubi autem* 75. §. *Qui sortem* 9. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 1161.

Solutioni ferme aequiparatur pecuniae debitae legitimo modo facta obsignatio (1); qua idcirco praestita, usurae currere desinunt; an vero eundem effectum pariat sola pecuniae oblatio, an depositio, et obsignatio necessaria sit, ut sistatur usurarum cursus, distinguit Voet, utrum usurae currere coeperint propter moram ex persona, seu ea, quae per interpellationem opportuno tempore, et loco factam contingit (2): an usurae ex conventione debeantur, vel per moram, quae re ipsa, seu ex negotii indole fit (3).

(1) *L. Obsignatione* 9. *cod. de solution.* (8. 43.)

(2) *L. Mora fieri* 32. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 17. *in princip.*

§. 1162.

Si mora per interpellationem extra judicium facta sit, atque ex ea usurae deberi coeperint, sola pecuniae debitae oblatione legitime facta, quasi interpellatione contraria, moram priorem purgante, usurarum cursum sisti, non inepte defendit laudatus Voet (1); tum quia per oblationem ejus, quod debetur, mora purgatur (2); tum quia rationi convenit, unumquodque eodem modo dissolvi, quo fuit colligatum (3); cum ergo per recusationem debiti coeperint currere usurae; per oblationem desinere debent.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 1. *d. num.* 17. *fer. in princ.*

(2) *L. Si servum* 91. §. *Sequitur* 3. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(3) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1163.

Quod si usurae debeantur ex conventione, vel ex re ipsa, puta ex contractu emptionis, et venditionis (§. 1093.), vel etiam ex persona per judicialem interpellationem, sola oblatio sufficere non videtur, sed desideratur consignatio, ac depositio (1); cum sola oblatio, licet judicialis, absque depositione, certum non faciat creditorem, atque oblatio facile possit retractari, vel etiam temere fieri.

(1) *L. Si per te* 9., *l. Acceptam* 19. *cod. hoc tit., Fab. cod. de solution: lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 53.

§. 1164.

Quinimmo nec quaelibet obsignatio sufficit, etiam praecedente oblatione facta vero creditori, sed creditorem talem esse oportet, ait Faber, qui solutionem accipere potuerit, et debuerit (1): si enim fingamus, jussum fuisse creditorem eam pecuniam impendere et emptionem fundi, atque creditor indicet venditorem fundi, oblatio fieri debet etiam venditori (2).

(1) *Fab. cod. de actionib. empti lib.* 4. *tit.* 33. *definit.* 15., *et cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 53. *allegat.* 2. ✠

(2) *Fab. d. allegat.* 2. ✠

§. 1165.

Amplius etiam placuit Sabaudis Patribus, emptorem, qui, accepta re, conventum pretium certo die solvere debuit, si, eo adveniente, pecuniam venditori obtulerit, venditor autem, etiam absque justa caussa, solutionem accipere distulerit, aut recusaverit, atque ita moram contraxerit, non eo minus ad usuras pretii condemnandum esse, nisi pecuniam obsignaverit (1); quia hujusmodi usurae non tam propter moram, quam in compensationem fructuum debentur (2): emptor autem, ex quo pecuniam non obsignavit, eadem uti videtur, ut proinde aequum non sit, fructus fundi, et usuras

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

pretii simul percipere emptorem, utroque carere venditorem (3). Profecto, si emptor, vel quivis alius debitor, depositionem offerat, venditor vero profiteatur, se pecunism pro deposita habere, ex eo die desinunt currere usurae (4): cum per debitorem non stet, quominus obsignetur.

(1) *Fab. cod. de actionib. empti lib.* 4. *tit.* 33. *d. defin.* 15. *in princ.*

(2) *L. Curabit* 5. *cod. de action. empti* (4. 49.)

(3) *L. Ex empto* 11. §. *ult. ff. eod. tit. de action. empt.* (19. 1.)

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 1. *d. num.* 17. *in med.*

§. 1166.

Haec partim ex Romanis legibus, partim ex usu fori disputavimus; sed, cum hodiernis moribus mora per interpellationem extra judicium factam contrahi non censeatur; atque usurae ab eo tantum die currere incipiant, quo debitor in judicium vocatus fuit (§. 1088.), consequens est, oblationem solam nunquam sufficere ad sistendum cursum nsurarum, sed depositionem omnino necessariam esse (1).

(1) *Fab. cod. de actionib. empti lib.* 4. *tit.* 33. *d. definit.* 15., *et cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 53., *junct. definit.* 29., *et* 33. *cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24.

§. 1167.

Sola igitur oblatio pecuniae debitae in judicio facta usurarum cursum non sistit; sed impedire videtur, ne incipiat usurarum obligatio, quae citra conventionem, aut moram ex re debentur, seu ex sola judiciali interpellatione (1): facilius obtineri debet, ne obligatio nascatur, quam ut nata desinat (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 1. *dict. num.* 17. *in fin.*, *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 40.

(2) *Argum. l. Si per te* 9. *cod. hoc tit.*

§. 1168.

Non autem prodest obsignatio, nisi duret (1): quia nec unquam obsignatum fuisse videtur, quod debitor recepit: ex quo colligit Faber, usuras quoque debiti usurarii solvendas esse pro eo tempore, quo obsignatio constitit, si haec deinceps revocetur (2).

(1) *Argum. l. Si pro patre* 10. §. *Versum autem* 6. *ff. de in rem verso* (15. 3.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 37. *num.* 8. *in corp.*, *et definit.* 38. *in princip.*

§. 1169.

Quod si debitor, qui obsignavit, post depositionem, atque obsignationem legitime factam conventus, ut solveret, distulerit, et solvere noluerit; aut recusaverit obsignatae quantitatis numerationem, usurae, subjicit idem Faber, debebuntur ab eo tantum tempore, quo fuit denegata solutio, vel obsignata pecunia restituta est (1). Discriminis ratio inde petenda, quod in primo casu (§. praeced.) debitor sponte recipiens pecuniam obsignatam renunciare videtur juri per obsignationem quaesito; maxime quia obsignationem revocando facit, ne creditor ullum ex ea emolumentum referat.

(1) *L. Debitor* 7. *ff. hoc tit.*, *l. Si creditrici* 6. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *d. definit.* 38. *num.* 1. *in corp.*

§. 1170.

Neque debitori obsignationem retractanti prodest, ut ab usuris post receptam pecuniam immunis fiat, obligatio erga depositarium suscepta, restituendae videlicet pecuniae ei quandocumque petenti, prout quandoque fit, ne a creditore, qui depositum ratum habere velit, conveniatur (1); etenim promissio haec, quae solam obligationem personalem parit, non impedit, quominus depositum, quod sicut re contrahitur (2), ita sola restitutione dissolvatur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *d. defin.* 38. *num.* 2., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1. §. *Is quoque apud* 5. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

(3) *L. Prout quidque* 80. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 22. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 32.

§. 1171.

Caeterum apposite monet Faber, nec ad solvendum, nec ab obsignandum teneri, adeoque nec in mora constitutum videri debitorem, qui non habet, cui possit solvere: puta si debeat minori, a quo vicissim actiones cedendae sint, qui curatorem non habeat (1): licet pecunia haec ex licitatione debeatur (2); quia obsignatio in eo tantum casu ad sistendum cursum usurarum necessaria est, quo adsit persona, cui solvi possit (3).

(1) *L. Ait praetor* 7. §. *Sed et si ei* 2. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 39. *in princ.*

(3) *L. Cum quidam* 17. §. *Si pupillo* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1172.

Si debitor prohibitus sit a judice, ne creditori solvat, sed alicui tertio, eaedem regulae servandae videntur: nimirum debitor ab usurarum solutione imposterum non liberatur, nisi pecuniam deponat, et obsignet (§. 1166.), praeterquamsi pro obsignata eam habeat creditor (§. 1165.): sed si usurae nondum currere coeperint, nec ex conventione debeantur, judicis auctoritas solutionem differentis impedit, ne debitor in mora sit, adeoque ne usurae, quae ex sola mora solvendae essent, currere incipiant (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de usur. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 18. *in princ.*

§. 1173.

Depositio quoque pecuniae ad evitandas usuras necessaria videtur in eo casu, quo rei immobilis venditae evictio immineat initio contractus, si convenerit inter emptorem et venditorem, ut pretium annua, bima, trima die, seu diversis praestationibus in singulos annos, solvi debeat, in casum vero morae usurae pretii: nimirum pars pretii suo quaeque die deponi, atque obsignari debet; alioquin emptor tum re, tum pretio, seu rei fructibus, et pretii emolumento contra aequitatem (1) uti videretur.

(1) *L. Julianus* 13. §. *Veniunt* 20., *et* §. *sequ. ff. de actionib. empti* (19. 1.), *l. Curabit* 5. *cod. eod. tit.* (4. 49.)

§. 1174.

Si judex sortem utique reddi jusserit, sed de usuris minime pronunciaverit, eas adhuc a judice appellationis adjudicari posse in judiciis bonae fidei, in quibus ex ipsa negotii indole debentur, veluti in emptione, et venditione, superius diximus, sive promissae fuerint (§. 1093.); sive non promissae (§. 1094.): si autem a priori sententia appellatum non sit, an idem dici debeat seu utrum usurae ab eodem judice in alio judicio peti possint, non inepte dubitatur.

§. 1175.

Distinguendum est in hac quaestione, utrum usurae stipulatione, vel pacto promissae fuerint, nec ne. Usuras promissas novo judicio, licet priore non adjudicatas, peti posse rectius defenditur (1), quia duae sunt obligationes, quarum utraque per se subsistit: una certi, nimirum sortis, altera incerti, idest usurarum (2): proinde una ab alia non pendet: maxime quia, ut superius animadvertimus (§. 1093.), judex, etsi de usuris non pronunciaverit, non tamen absolvit, adeoque rei judicatae exceptio objici nequit.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 1. *num.* 16. *in med.*

(2) *Dict. l. Ubi autem* 75. §. *Qui sortem* 9. *ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)

§. 1176.

Sed, si usurae ex sola judicii natura, idest negotio bonae fidei, puta negotiorum gestorum, debeantur, judex autem de usuris non pronunciaverit, nec ab eo appellatum sit, finitum sententia judicium, ait Imperator, retractari non debet (1): atque idem de usuris depositi rescriptum est (2): ratione adjecta, quia *non duae sunt actio-*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32. *nes, alia sortis, alia usurarum, sed una; ex qua, condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione repellitur* (3); una sane actio est, et una obligatio, cum usurae neutiquam promissae solo judicis officio debeantur: quo judex per sententiam functus est (4).

(1) *In bonae fidei judiciis (quale est negotiorum gestorum) usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt. L. In bonae fidei* 13. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si deposita* 4. *cod. deposit.* (4. 34.)

(3) *D. l.* 4. *cod. depositi.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. de usur. lib.* 4. *tit.* 24. *definit.* 6. *num.* 7., *et* 8. *in corp.*

§. 1177.

Difficilior est quaestio, an usurae ex venditione adhuc in specie, quam petractamus, peti possint alio judicio: negant aliqui; quia et hae solo judicis officio, si promissae non sint, debentur (1); adeoque concludunt, locum esse regulis in jure propositis (§. praeced.). Sed alii affirmant; quia judicis officium non sola aequitate, sed stricto potius jure nitatur, cum naturalis ratio non patiatur, ut emptor fructus fundi, et pretium teneat, venditor autem utroque careat (2): quod obligationi negotiorum gestorum, vel depositi non aeque convenit. Prior tamen sententia Romanis legibus magis consentanea videtur.

(1) *L. Curabit* 5. *cod. de action. empti* (4. 49)

(2) *L. Ex empto* 11. §. *ult. ff. eod. tit. de action. empti* (19. 1.)

§. 1178.

Non tantum facto debitoris, qui pecuniam debitam solverit, vel obsignaverit, cessat obligatio solvendarum usurarum, sed etiam facto creditoris id contingere potest, si nimirum creditor easdem expresse, vel tacite remiserit: puta si sors soluta fuerit, nec ulla usurarum mentio facta sit (1): aut per longum tempus petitae non fuerint (2); in utroque casu vel solutae, vel remissae praesumuntur: nisi aliud appareat. Quod si quis usuras non petierit, ut gratiorem se debitori exhiberet, mutato deinceps consilio, futuras usuras petere non prohibetur, dummodo praescriptionis tempora lapsa non sint, quamvis ad praeteritas actio non supersit (3).

(1) *Argum. l. ult. in fin. ff. de eo, quod cert. loc.* (13. 4.)

(2) *L. Cum quidam* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Procula* 26. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(3) *D. l.* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1179.

Si per aliquod temporis spatium leviores usurae, quam fuerant promissae, solutae sint, tacite majores remissas videri, rescriptum (1), atque responsum est (2), dummodo nec dolus, nec error intervenerit. Neque consuetum praescriptionis tempus requiri videtur, cum neque Scaevola (3), neque Imperatores (4) hoc exigant, sed id unum requirant, ut per certum tempus (judicis utique arbitrio definiendum) levior haec praestatio facta sit.

(1) *L. Adversus creditorem* 5., *l. Quamvis* 8. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Qui semisses* 13. *ff. hoc tit.*

(3) *In d. l.* 13. *ff. hoc tit.*

(4) *In dict. l.* 5., *et l.* 8. *cod. hoc tit.*

§. 1180.

His adde, leges longe proniores esse ad liberandum, quam ad obligandum (1): adeoque, licet tempus praescriptionis desideremus in usuris acquirendis (§. 1148.), non inde sequitur, idem tempus necessarium esse ad minuendam usurarum quantitatem. Praeterquamquod non vi praescriptionis, sed tacitae remissionis debitorem a majoribus

usuris immunem dicunt Romanae leges (2); tacita autem remissio praescriptionis regulis non subest, ut per se patet.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 32.

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

(2) *D. l. Qui semisses* 13. *ff. hoc tit., d. l.* 5., *et* 8. *cod. hoc tit.*

§. 1181.

Ex his colligi potest, utrum omnino remissae eenseantur usurae si per aliquod temporis spatium neque solutae, neque petitae fuerint. Si tempus praescriptioni complendae definitum praeterlapsum sit, nemini dubium, quominus cesset obligatio solvendarum usurarum (§. 1157.): alioquin, cum actor possit, quandocumque malit, dummodo intra praescriptionis tempora, agere (1): nec facile quis credatur jura sibi competentia jactare velle (2), remissio usurarum non praesumitur; nisi praeter longum temporis lapsum alia remissionis indicia suppetant: puta ex personarum affectione (3).

(1) *L. Pure mihi* 5. §. *ult. ff. de doli mali, et met. exception.* (44. 4.)

(2) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de de probat. et praesum.* (22. 3.)

(3) *L. Procula* 26. *ff. eod. tit.*

§. 1182.

Cessat usurarum obligatio, si ad tantam creverint quantitatem, ut sortem aequent: sed in hac re antiquo novum jus non per omnia consentit. Jure vetere, seu quod ante Justinianum vigebat, constitutum fuit, ne usurae duplum sortis excedant: ita tamen ut usurae particulatim solutae in duplo non computarentur (1), sed illae tantummodo, quas simul, et semel exsolvi contingeret (2); quia minus gravatur debitor, qui particulatim solvit, quam qui simul.

(1) *Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. L. Usurae* 10. *cod. hoc tit.*

(2) *Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. D. l.* 10.

§. 1183.

Verum Justinianus, misericordia erga debitores motus, aequius putavit, etiam usurarum particulatim solutarum rationem haberi in dupli computatione (1): excipit Imperator reditus annuos civitatibus debitos, quia praestatio haec annui reditus usurarum praestationi similis non est (2): atque idem plures tradunt de annuis praestationibus, seu censibus, cuicumque debeantur; quia et pro his viget allata a Justiniano ratio; praestationes hujusmodi potius annuis reditibus, quam usuris aequiparari debere.

(1) *L. penult., et ult. cod. hoc tit., Novell.* 121. *cap. ult., et Novell.* 138.

(2) *Novell.* 160. *cap.* 1.

§. 1184.

Quinimmo etiam in usuris excipiendus est casus, quo lis contestata fuerit cum debitore; etenim judicialis interpellatio magis constituit debitorem in mora; nec aequum est, ut ex culpa, et mora sua lucrum sentiat, ut ab usuris futuri temporis liberetur, si sortem excedant (1); praeterquamquod debitor alioquin ex sua contumacia emolumentum perciperet, quod ferendum non est.

(1) *V. Pratic. legal. part.* 2. *Tom. II. pag.* 258. §. 42.

§. 1185.

Neque aliud dicendum, etiamsi lis prius contestata deinceps intermissa fuerit, etiam per longissimum tempus, praescriptioni complendae sufficiens (1); etenim haec litis intermissio efficit quidem, ut instantia perimatur, atque acta litis irrita fiant (2): sed non potest efficere, ut citatio, et contestatio, quae facti sunt, pro infectis haberi debeant: nec pariant civiles effectus, videlicet perpetuandae actionis, impediendae praescriptionis, malae fidei inducendae, et similes (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 2. *Tom. II.* §. 44. *pag.* 260.

(2) *L. Properandum* 13. *cod. de judic.* (3. 1.)
(3) *Fab. cod. de litis contestatione lib.* 3. *tit.* 8. *definit.* 2.

§. 1186.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 33.

Atque hinc placuit Sabaudo Senatui, diuturnam litis intermissionem, quamvis ex actoris negligentia contigerit, possessori minime prodesse, ut immunis fiat a restituendis fructibus a die litis contestatae (1); quia possessori, qui per litis contestationem semel malam fidem contraxit, potius imputari debet, cur moram, atque malam fidem non purgaverit (2). Quod autem in fructibus, idem obtinet in aliis accessionibus, cum eadem ratio sit, eademque vis contestationis.

(1) *Fab. cod. de fructibus, et litium express. lib.* 7. *tit.* 18 *def.* 77.
(2) *L. Omnes poenales* 26., *l. Constitutionibus* 33. *ff. de obligationibus, et actionibus* (44. 7.)

§. 1187.

Vix monendum, nullam fieri usurarum diminutionem ob incursum hostium, aliasque hujus generis calamitates: nisi forte publica auctoritate ita constituatur. Sed satis de usuris: de eo, quod interest, atque actione, ut ajunt, quantiplurimi suis locis opportunius dicemus. Quaedam subjicienda putamus de nautico foenore, et litteris cambii.

TITULUS VIII.

De nautico foenore, et litteris cambii.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligation., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 22. tit. 2. } *De naut. foenor.*
Cod. lib. 4. tit. 33. }

SUMMARIA.

Nauticum foenus est, quod propter nauticam, vel quasi nauticam pecuniam solvitur. §. 1188.

In nautico foenore pecunia, vel res mutuo data, mutuanti perit. §. 1189.

Foenus quasi nauticum appellatur, quod accipitur ex pecunia exportanda in loca terrestria periculosa. §. 1190.

Pecunia quasi nautica lato sensu dici potest, quoties ejus periculum ad creditorem spectat. §. 1191.

In nautico foenore graviores usurae permittuntur. §. 1192., *et* 1193.

Usurae graviores, vel leviores in nautico foenore permittuntur, prout gravius est periculum, atque probabilius; vel levius, et magis remotum. §. 1194.

Usurae graviores cessant, statim ac nauticum foenus desinit. §. 1195.

Pecunia trajectitia debitori perit, si hujus culpa, vel facto perierit. §. 1196.

Loco nautici, vel quasi nautici foenoris litterae cambii passim inductae sunt? §. 1197.

Litterae cambii quo consilio inductae fuerint. §. 1198.

In cambio plures sunt contractus, atque tres saltem contrahentes. §. 1199., *et* 1200.

In cambio ex moribus plerarumque gentium vera novatio contingere non judicatur. §. 1201.

An mandatarius in cambio teneatur suscipere onus trapeziticae pecuniae solvendae? §. 1202.

Litteras cambii, recusante mandatario, extraneus quilibet acceptare, et solvere potest. §. 1203.

Quid si plures in gratiam mandantis, vel primi scribentis litteras cambii solvere velint? §. 1204.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 33.

Quae peragi debeant, cum mandatarius cambii litteras suscipere detrectat? §. 1205., *et* 1206.

Protestatio ob moram solvendi plerumque fieri nequit, antequam dies solutionis venerit. §. 1207., *et* 1208.

Quid si mandatarius post acceptas cambii litteras solutionem differat, aut partem tantummodo debitae pecuniae offerat, aut sub conditione? §. 1209., *et* 1210.

Quae solemnitates adhiberi debeant in protestationis, seu contestatae denunciationis actu? §. 1211.

Tempus solvendarum litterarum cambii incipit a die, quo exhibitae fuerunt mandatario. Quando desinat? §. 1212.

Litterae cambii a quocumque exigi possunt, dummodo mandatum a domino habeat. §. 1213.

Quid si mandans facultatibus labatur, priusquam litterae cambii solutae fuerint? §. 1214.

Litteras cambii dare, aut accipere solis licet negotiatoribus. §. 1215.

§. 1188.

Nauticum foenus illud est, quod propter nauticam pecuniam, aliamve rem nauticam, vel quasi nauticam solvitur. Nautica pecunia, quae modo nautica (1), modo trajectitia appellatur (2), ea est, quae trans mare vehitur, idest datur negotiatori trans mare navigaturo (3), periculo creditoris (4).

(1) *L. In nautica* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1189.

Nihil porro interest, utrum pecunia trans mare vehenda mutuo detur, an merces ea pecunia comparatae, dummodo periculo creditoris transvehendae sint (1): etenim substantia, ita dicam, nautici foenoris in eo est, ut contra naturam mutui, quod dominium, adeoque rei periculum in mutuatarium, transfert (2), sive pecunia, sive merces creditori mutuanti pereat, utique si dolus, et culpa mutuatarii absit (3).

(1) *D. l.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Princip. instit. hoc tit.*

(3) *L. In nautica* 3., *l. Periculi* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1190.

Foenus quasi nauticum dicitur, quod accipitur ex pecunia mutuo data, non quidem trans mare vehenda, sed in alia quacumque terrestria loca, ob incursum hostium, aut praedonum periculosa, ita ut creditori pereat (1). Sane, re ipsa inspecta, nihil interest, utrum pecunia mutuo data periculo creditoris trans mare vehatur, an in alia loca exportetur; dummodo non exigantur graviores usurae, quam sit periculum.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 2. *num.* 1. *fer. in princ.*, *Brunneman. in cod. ad l.* 2. *cod. hoc tit.*

§. 1191.

Cum autem nautici foenoris natura in eo potissimum consistat, quod creditor pecuniae periculum suscipit (1), idcirco quasi nautica pecunia lato sensu dici potest, quoties ejus periculum ad creditorem spectat, etiamsi per loca periculosa non sit vehenda, in casum, quo conditio aliqua non existat: dummodo, subjicit Scaevola, in aliae speciem non cadat (2), cum aleae ludi, seu in quibus sors praedominatur, apud Romanos probrosi visi fuerint (3).

(1) *L. Periculi* 5. *in princ. ff. hoc titul.*

(2) *D. l.* 5 *in med.*

(3) *L.* 1., *et passim ff. de aleatoribus* (11. 5.).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 33.

§. 1192.

Propter periculum, quod contra naturam subit creditor, graviores in nautico foenore usurae permittuntur (idem proportione habita de quasi nautico dicendum). Olim quidem nullus erat definitus in hac re usurarum modus; ita ut usurae in infinitum excrescere possent (1): deinde centesimae usurae permissae fuerunt, non ultra (2): atque modus hic, licet jure medio abrogatus fuerit (3), postremo fuit revocatus (4).

(1) *Paul. Receptar. sentent. lib. 2. tit. 14.* §. *Trajectitia* 3.

(2) *L. Eos, qui 26. cod. de usur.* (4. 32.)

(3) *Novell.* 106.

(4) *Novell.* 110.

§. 1193.

Igitur novissimo Romano jure in nautico foenore permittuntur usurae centesimae ratione periculi, quod creditor subit; alibi vero graviores, vel leviores (1): Hollandiae, et gentium plerarumque navigationi studentium moribus, ait Voet, citra periculi pretium rursus jus vetus Romanum reductum fuit: ita ut trajectitia pecunia, vel merces propter periculum creditoris usuras centesimis haud coarctatas recipere possit, ac quantitatis cujuscumque obligatio subsistat, quae pro magnitudine periculi in conventionem deducta est per contractum vulgo dictum *assecurationis;* quod id agitur, ut pecunia, et merces navigent non periculo domini, sed assecuratoris (2).

(1) *V. supra* §. 1029. *alleg.* 1.

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 22. tit. 2. num.* 3.

§. 1194.

In hac autem re una, et generalis regula statui non potest, quae ubique vigeat, immo nec in eadem regione diversis temporibus idem modus usurarum servari debet; sed graviores permittuntur, prout gravius est periculum, atque probabilius imminet; alioquin leviores: quare leges, quae pro temporum, et rerum adjunctis feruntur, consulendae sunt.

§. 1195.

Sed de hac re satis apud nos: caetera petenda sunt ab iis, qui ex proposito hoc argumentum pertractarunt. Duo monemus. 1. In foenore nautico, utpote periculi pretium, eo cessante, usuras quoque gravissimas cessare, atque communes tantum permitti: puta si venerit dies vel extiterit conditio, ad quam usque periculum creditoris ex conventione esse debet (1): vel navis ad portum appulerit, ita ut nihil amplius timendum supersit (2).

(1) *L. Nihil interest* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*

§. 1196.

Alterum est, pecuniae trajectitiae interitum ad debitorem pertinere, si hujus culpa, vel facto perierit: veluti si ob merces vetitas navi impositas publicetur (1): vel si aliud inter susceperit, quam conventum fuerat, atque navis naufragium passa sit (2).

(1) *L. penult. cod. hoc tit.*

(2) *D. l. penult. cod. hoc tit.*

§. 1197.

Nauticum foenus potissimum exercebatur in pecunia, licet merces quoque periculo creditoris trans mare vehendae, vel in alia terrestria loca interdum darentur: hodiernis vero moribus pecunia non solet de regione in regionem exportari, quod ob latronum incursum, aliasque caussas nimis periculosum, nec non incommodum est: idcirco inducta fuit pecuniae permutatio, quae per litteras cambii fieri dicitur; atque ita absque periculo, et sine gravi dispendio pecunia quocumque in loco haberi potest.

§. 1198.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 33.

Litterae cambii nihil aliud sunt, quam litterae, seu epistolae, quibus mandatur, ut pecunia uno in loco numerata, vel numeranda in alio loco solvatur numeranti, vel alteri ex ipsius voluntate: proinde cambium, quoad substantiam, non differt a mutuo, cum in cambio detur uni pecunia, ut tantumdem restituat, non in eodem, sed diverso loco, concesso utique quodam emolumento, quod proprie usura non est, sed tenet locum ejus, quod interest: maxime quia is, qui pecuniam accipit, ut eam in alia loco solvat vel per se, vel per interpositam personam, exportationis periculum subit: quo fit, ut graviores ipsi permittantur accessiones ultra consuetum usurarum modum, prout mox dicemus.

§. 1199.

Hinc patet, in cambio plures esse contractus; atque tres saltem contrahentes. Imprimis ille est, qui pecuniam numerat negotiatori cambium, seu mensam argentariam exercenti: 2. Primus negotiator, seu trapezita, qui pecuniam accipit alio in loco solvendam: 3. Alter trapezita, qui ex prioris mandato suscipit pecuniam solvendam ei, quem nummorum dominus designavit: si ipsemet, qui numeravit, pecuniam alibi recepturus sit, tres sunt contrahentes: alioquin quatuor.

§. 1200.

Plures quoque in cambio contractus sunt: primus initur inter eum, qui pecuniam numerat, vel se numeraturum promittit, atque eum, cui pecunia numeratur, quique spondet, se alibi eandem pecuniae summam alterius ministerio soluturum, deducto quodam emolumento: pecuniam accipiens delegat alterum negotiatorem in loco, quo pecunia solvenda est: atque hic, si mandatum non recuset, contrahit cum eo, cui solutio fieri debet; seu spondet, se pecuniam, de qua mandatum accepit, ipsi sua die soluturum.

§. 1201.

Licet autem negotiator, qui pecuniam accipit, alterum deleget, ut solvat, non tamen, juxta plerarumque gentium mores, vera novatio contingit (1); etenim qui pecuniam numerat, praecipue sequitur fidem accipientis, atque cum eo contrahere potius vult, quam cum eo, qui ex accipientis mandato pecuniam definito loco, et die numeranti, vel alteri ex illius voluntate solvere debet: quapropter, si pecunia opportuno tempore, et loco non solvatur, non tantum mandatarius, si litteras cambii probaverit, seu acceptaverit, sed et mandans, cui pecunia data fuit, conveniri potest pro arbitrio, ita ut neuter excussionis, aut ordinis beneficio juvetur (2); quia uterque debitoris principalis vice fungi censetur. Atque his consequens est, partem, quam ab uno quis non potuit consequi propter illius inopiam, vel ob aliam quamcumque caussam, ab altero recte peti (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 22. tit. 2. num. 5. prop. fin., Reg. Constit. lib. 2. tit.* 16. *cap.* 3. §. 1.

(2) *Voet d. num.* 5. *in fin.*

(3) *Voet d. num.* 5. *in fin.*

§. 1202.

Modo diximus, mandatarium conveniri posse, si mandatum acceptaverit; quamdiu enim sponte non consensit, non potest ab eo, cui pecunia debetur, conveniri, cum mandati susceptio voluntatis ab initio sit, non necessitatis (1): nisi forte directae sint ad mercatorem ab ipsius institore, ac contineant pecuniam ab institore mutuo acceptam in utilitatem mercatoris praeponentis (2): atque in id, ad quod institor praepositus fuit; cum in hoc possit praeponentem institor obligare (3), utpote mandatum habens.

(1) *L. Filiusfamilias* 8. §. 1. *ff. de procuratoribus* (3. 3.), *l. Invitus* 17. *cod. eod. tit.* (2. 13.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4 tit. 33.

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 22. tit. 2. num. 6. fer. in princ.*

(3) *L. Cuicumque* 5. §. *Non tamen* 11., §. 12., *et* 13. *ff. de institor. action.* (14. 3.)

§. 1203.

Cum mandatarius litteras cambii probare recusat, potest extraneus quilibet easdem acceptare, et solvere, atque hic tamquam negotiorum gestor potest repetere a mandante, quod pro ipso solvit (1). Quod si plures se offerant soluturos, quod mandatarius detrectat, apud nos sancitum, ut praeferatur, qui solvere vult in gratiam mandantis; alioquin praeferri debet ille, qui se soluturum offert in gratiam primi cedentis, si forte litterae cambii per plures argentarios progressae sint (2).

(1) *Princip. instit. quib. mod. tollit. obligat.* (3. 30.), *l. Solvendo* 39. *ff. de negot. gest.* (3. 5.), *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 13.

(2) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 10.

§. 1204.

Quod si plures in gratiam mandantis, seu scribentis litteram cambii solvere velint, aut in gratiam primi cedentis, ante habetur, qui mandatum forte habeat ab eo, qui pecuniam accepit, vel a primo cedente: postremo ille, cui solutio in vim litterae cambii fieri debet, si sibi solvere malit, prout potest (1): vel quem ipse elegerit (2).

(1) *Reg. Constit. ibid.* §. 11.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 12.

§. 1205.

Caeterum, ait Voet, quoties mandatarius cambii litteras acceptare recusat, necessitas ei, cui ex mandato pecunia solvenda erat, consuetudine imposita est, ut intra triduum a denegata acceptatione protestetur de damno, nec non de eo, quod interest: atque ita litteras cambii cum protestatione remittat, quanto citius fieri potest, ad mandantem; futurum alioquin, ut, hisce neglectis, regressu careat adversus mandantem (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 2. *num.* 6. *post med.*

§. 1206.

Exceptionem de trium dierum spatio admittunt in eo casu, quo mandantis non intersit, protestationem intra id tempus factam, vel omissam fuisse; quia nempe mandans non sit creditor mandatarii: atque hoc casu, protestatione etiam post tridui lapsum interposita, mandans, seu litterarum scriptor restituere tenetur nummos, quos accepit, atque praestare id, quod interest ei, cui solutio facienda erat (1). Nummi profecto restitui debent a mandante, ne alienis spoliis locupletetur contra naturalem aequitatem (2): id etiam, quod interest, praestandum est, cum accipiens onus susceperit, non plane gratuitum, efficiendi, ut pecunia in loco definito solvatur: adeoque de facto, seu non facto mandatarii tenetur.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 2. *num.* 6. *in fin.*

(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condiction. indeb.* (12. 6.)

§. 1207.

Haec apud nos fere probata sunt: cautum quippe, ut si mandatarius recuset acceptationem, vel solutionem litterae cambii, protestatio omnino fieri debeat: itaut bis protestatio emittatur, si tum acceptatio, tum solutio denegetur: primum pro acceptatione, tum pro solutione (1): ea utique lege, ne protestatio ob moram solvendi fiat, antequam dies solutioni praefinitus venerit, nisi mandatarius, qui solvere debet, prius notorie non solvendo fiat (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 4.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 4. *in fin.*

§. 1208.

Quod pertinet ad tempus emittendae protestationis ob denegatam litterarum acceptatione, nihil singulare statuitur; sed tantum facultas conceditur exactori litterarum,

quibus inspectis pecunia statim numerari non debet (*), ut protestationem ex caussa denegatae solutionis differat usque ad quintum diem post tempus iisdem litteris praefinitum, vel post sextum, si quintus Deo dicatus sit (1): quod si alicubi protestatio non permittatur, aliis probationibus, quas suggerit aequitas, fides adhibenda jubetur (2). Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 22. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 33.

(*) « *Non pagabili a vista.* »

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 5.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 6.

§. 1209.

Si mandatarius post acceptas cambii litteras solvere detrectet, vel longius differat, protestatio quoque, ut modo innuimus (§. praeced.), necessaria est, intra quintum, vel sextum diem apud nos, alibi intra octo, decem, vel quatuordecim dies (1): nisi mandatarius aperte deneget solutionem, aut foro cedat, aut latitet (2): atque idem fere dicendum, si pars tantummodo summae littera cambii comprehensae offeratur: in arbitrio videlicet exactoris est partem oblatam accipere, et protestari pro reliquo: vel partem recusare, atque pro integra summa scripto reclamare (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 22. *tit.* 2. *num.* 7.

(2) *Quo casu triduum observandum tradit laudatus Voet dict. numer.* 7., *prop. fin.*

(3) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 7.

§. 1210.

Postremo necessaria quoque dicitur scripto facta denunciatio, si littera cambii a mandatario non pure, sed sub aliqua conditione, vel cautione, seu reservatione acceptetur, vel solvatur (1); nec non in eo casu, quo non mandatarius, sed alius quicumque, prout fieri potest (§. 1203.), eam agnoscat, vel solvat in gratiam mandantis, aut correorum, vel quorumdam ex ipsis: atque simul significari in hoc actu debet persona, quae litteram cambii agnoscit, vel solvit (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 9.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 9. *in fin.*

§. 1211.

Contestatae denunciationis, seu protestationis actus, ut solemnior sit, subscribi mandatur, vel a scriba consulatus, seu Magistratus negotiationi, atque artibus praeposito, vel a notario coram duobus testibus: onere subscribentibus injuncto autographi apud se conservandi, atque illius exemplar postulantibus exhibendi (1). Scite omnino hujusmodi cautiones praescriptae sunt, ne ulla fraudibus pateat via; atque ut illi, quorum interest, certiores facile fiant.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 8.

§. 1212.

Quod spectat tempus solvendarum litterarum cambii, apud nos decretum fuit, ut incipiat ab eo die, quo exhibitae fuerint mandatario, qui ad easdem solvendas tenetur; atque desinat intra totidem dies, quot requiruntur, ut litterae mitti, et recipi possint cursariorum equorum ope, praeterquam si in Anglia, vel Hollandia scriptae fuerint (1): exhiberi autem debent mandatario, cui solutionis onus incumbit, litterae, quarum solvendarum tempus iisdem praefinitum est, intra duos menses a die, quo scriptae fuerunt, computandos (2): atque intra idem tempus urgeri debet ad solutionem mandatarius, cum litterae, statim, ac inspectae fuerint, solvi debent (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 2. *tit.* 16. §. 2.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 3.

(3) *Reg. Constitut. d.* §. 3. *in med.*

§. 1213.

Cavere tamen debet mandatarius, ut ei solvat, cui solvendum est: alioquin actio mandati adversus mandantem ei denegatur (1): cuicumque sane licet solutionem expo-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

stulare, sive solutio in ipsius utilitatem facienda sit, sive alterius, dummodo ab hoc mandatum habeat, atque tuto ei solvi possit (2), idest vel persona cognita sit, vel idoneam de personae qualitate cautionem praestet (3).

(1) *Argum. l. Diligenter* 5. *in princip. ff. mandat.* (17. 1.), *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 14.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 15., *et seqq.*

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 20.

§. 1214.

Quamvis per litterarum acceptationem quis ad solvendum adstringatur (1), ex justa tamen caussa potest deinceps solutionem detrectare: puta si mandans publicae decoctus factus fuerit: quo casu ad ratam utique summae, quam mandans suppeditavit, mandatarius solvere potest, et debet (2), non vero reliquum, si mandans lapsus sit facultatibus, antequam litterae cambii acceptae fuerint, aut etiam postea, dummodo non longiore quinque dierum spatio (3); nisi forte dolus exactori possit imputari (4).

(1) *L. Diligenter* 5. §. 1. *ff. mandat.* (17. 1.)

(2) *Reg. Constit. d. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 28.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 28. *in fin.*

(4) *V. Reg. Constit. ibid.* §. 29. *ad* 32.

§. 1215.

Caeterum non omnibus indistincte permittitur cambii litteras dare, aut solvendas accipere, sed tantum negotiatoribus (1). Satis de his, quae potissimum pendent a singularibus locorum legibus, vel recepta consuetudine: unum monemus, non loci, a quo missae, sed ad quem destinatae, et in quo executioni mandandae sunt cambii litterae, leges spectandas esse; quia ibi unusquisque videtur contraxisse, ubi per solutionem contractus complementum sortitur (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 3. §. 36., *et* 37.

(2) *L. Aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *l. Contraxisse* 21. *ff. de obligationib., et action.* (44. 7.)

TITULUS IX.

De commodato.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationib., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 13. tit. 6. *Commodato, vel contra.*
Cod. lib. 4. tit. 23. *De commodato.*

SUMMARIA.

Commodatum est contractus, quo res alicui gratis ad certum modum utenda datur. §. 1216.

Commodatum differt a mutuo, deposito, et pignore. §. 1217.

Commodari possunt res mobiles, et immobiles. An quae usu consumuntur? §. 1218.

Commodare possunt etiam illi, qui rei dominium non habent, dummodo utendi jure fruantur. §. 1219.

Commodatum natura sua gratuitum est. Quo differat a precario? §. 1220.

Ex commodato duplex nascitur actio, directa, et contraria. §. 1221.

Contractus quidam ex uno tantum latere obligant, alii ultro citroque, quidam unum tantum per se obligant, ex accidenti tamen alterum contrahentem adstringere possunt. §. 1222, *et* 1223.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6 Cod. l. 4. tit. 23.

Cur ex actionibus quaedam directae, quaedam contrariae dicantur? §. 1224.

Commodati directa actio datur commodanti, etiamsi rei dominus non sit, ejusque haeredi. §. 1225.

Commodati actione adversus plures commodatarios in solidum agi potest, nisi aliter convenerit. §. 1226.

An pupilli, furiosi, prodigi, et minores actione commodati conveniri possint? §. 1227, *et* 1228.

Haeredes commodatarii in solidum regulariter non tenentur. §. 1229.

Commodatarius de casu fortuito non tenetur, nisi ita convenerit, vel res aestimata data sit, conditione adjecta, ut aestimatio restituatur. §. 1230.

Quid si res commodata damnum passa sit ex usu immoderato, quem commodans permiserit? §. 1231.

Commodatum plerumque solius commodatarii utilitatem respicit, aliquando tamen utriusque, vel etiam solius commodantis. §. 1232, *et* 1233.

Commodatarius majorem, vel minorem diligentiam in re servanda adhibere tenetur, prout solus ex commodato utilitatem sentit, vel non. §. 1234.

Dolus est machinatio alterius decipiendi, vel laedendi caussa consulto adhibita. §. 1235.

Culpa est factum inconsultum, quo alteri damnum injuria infertur: facti nomine etiam non factum venit. §. 1236.

Culpa vel lata, vel levis, vel levissima esse potest: atque ex adverso diligentia vel maxima est, vel media, vel minima. §. 1237.

Culpa lata est omissio diligentiae, quam patresfamilias etiam minus providi adhibere solent. §. 1238.

Levis culpa est ommissio diligentiae, quam vulgo homines frugi rebus suis adhibent et quam rerum natura desiderat. §. 1239.

Culpa levissima opponitur diligentiae maximae, seu quam diligentissimi patresfamilias adhibent in custodiendis rebus suis. §. 1240.

Culpa gravior, vel levior est pro diversitate rerum, quae magis, aut minus diligenter custodiri debent. §. 1241.

Quandonam in contractibus culpa tantum lata, quae dolo acquiparatur, vel levis, aut levissima praestanda sit? §. 1242.

Commodatarius, qui ex voluntate commodantis rem pignori dederit, liberari potest actiones cedendo. §. 1243.

Nuncii, quem commodans ipse elegerit, factum commodanti nocet. §. 1244.

Quid si commodatarius nuncium elegerit ad rem restituendam, quem justa ratione idoneum crediderit? §. 1245.

Contraria commodati actio quid commodatario praestet? §. 1246.

Commodatum ante praefinitum tempus revocari non potest. Quid si commodans re ex inopinato eventu ante indigeat? 1247.

Tempus commodati restituendi arbitrio judicis, vel boni viri statuitur, si a contrahentibus praefinitus non sit. §. 1248.

Impensas graviores in rei commodatae utilitatem factas commodatarius repetit, non leviores. §. 1249.

Commodans reficere debet damnum a commodatario passum ex rei vitio, quod commodanti perspectum erat. §. 1250.

An commodatarius retinere possit rem commodatam propter impensas in eam factas, vel damna, quae ex re passus sit? §. 1251.

Propter debitum extraneum commodato jus retentionis non competit. §. 1252, *et* 1253.

In dubio capienda est via, quae utriusque contrahentis indemnitati prospicit. §. 1254.

Quid si commodatarius pretium rei amissae solverit commodanti, tum haec inveniatur? §. 1255.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

§. 1216.

Commodatum, quod aliqui dictum putant, quasi cum modo datum, atque secunda est ex quatuor obligationibus, quae re contrahuntur (1), definiri potest contractus, quo res alicui gratis ad certum modum utenda datur. Cum imprimis dicimus, rem utendam alicui in commodato dari, demonstramus in eo rem omnino desiderari; ita ut solo consensu absque re non perficiatur; neque conventio de re ad certum usum concedenda vere commodatum est.

(1) §. *Item is* 2. *institut. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Is quoque* 3. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

§. 1217.

Res in commodato utenda datur, quo commodatum a mutuo differt; etenim per mutuum rei dominium in accipientem transfertur (1), adeoque etiam periculum (2): in commodato autem tum proprietas, tum et civilis possessio apud commodantem remanet (3), sola naturali possessione in commodatarium translata: atque hinc, ut obiter dicamus, res commodata commodantis damno perit, vel deterior fit, dummodo culpa commodatarii damno caussam non dederit (4); contra mutuo traditae rei periculum omne subit mutuatarius, utpotequi illius dominus factus est (5). Quatenus res in commodato utenda datur, commodatum differt a deposito (6), in quo sola custodia, atque a pignore, quo una creditoris securitas continetur (7).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. §. *Et ille quidem* 4. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

(3) *L. Rei commodatae* 8. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Eum, qui rem* 10. *ff. hoc tit.* §. *Item is* 2. *instit. hoc tit.*

(5) *D.* §. 2. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 1. §. 4. *ff. de obligat.*, *et actionib.*

(6) §. *Praeterea* 3. *instit. hoc tit.*

(7) §. *ult. instit. hoc tit.*

§. 1218.

Res utenda in commodato generatim dari dicitur, ut significetur, non tantum mobiles, quales plerumque commodari solent, sed etiam immobiles ad commodatum pertinere, veluti aedes (1): non vero res, quae ipso usu consumuntur, quippequae commodanti restitui nequeunt: nisi forte ad pompam, et ostentationem quis commodato rem usu fungibilem (2), vel pecuniam postulet (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sed mihi* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Saepe etiam* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1219.

Nihil porro interest, utrum res propria, an aliena, cujus utendae jus competit, commodato detur (1): quia per commodatum nec proprietas, nec civilis possessio in accipientem transfertur, sed sola possessio naturalis, detentio, et usus (2): atque ideo usufructuarii, et similes, qui rei utendae jus habent, eam, nisi speciatim prohibeantur, alteri commodare possunt, ita ut nec domino liceat usum avocare, quamdiu durat jus concedentis (3).

(1) *L. Commodare* 15. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Rei commodatae* 8., *et seqq. ff. hoc tit.*

(3) *Argum. L. Arboribus* 12. §. *Usufructuarius* 2. *ff. de usufructu* (7. 1.)

§. 1220.

Gratis res utenda in commodato datur, quippe commodatum ex natura sua gratuitum est (1): mercede interveniente locatio est (2). Postremo in commodato res ad certum modum utenda traditur (§. 1216.): quo commodatum differt a precario; quippe precarium pro arbitrio concedentis revocari potest (3), licet ad certum tempus datum

fuerit (4): commodatum vero nequit intempestivo tempore retractari; licet enim, scite Paulus, voluntatis, et officii magis, quam necessitatis sit commodare, attamen, postquam contractus initus est, retro agere, atque intempestive usum rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum, et accipiendum (5).

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 13. tit. 6 Cod. l. 4. tit. 23.

(1) §. *Item is* 2. *in fin. institut. hoc tit.*, *l. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D.* §. 2. *in fin. institut. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *ff. de precario* (43. 26.)

(4) *L. Cum precario* 12. *ff. eod. tit.*

(5) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1221.

Cum commodatum ex eorum contractuum numero sit, prout ex dictis constat, qui ultro citroque obligationem parere possunt, duplex ex eo nascitur actio, directa, et contraria. Directa datur commodanti (1), contraria commodatario (2). Commodatum utique solius commodatarii utilitatem respicit, cum gratis rem utendam accipiat (§. praeced.); adeoque fieri potest, ut contraria commodati actione non indigeat: sed et aliquando contingit, ut commodatario commodans obligetur, puta si commodatarius in rem acceptam necessarias impensas fecerit (3); vel si damnum ex culpa commodantis, qui rem vitiosam sciens dederit, passus sit (4).

(1) *L.* 1. *princip.*, *et* §. *seqq.*, *l.* 2. *et passim ff. hoc tit.*

(2) *L. In commodato* 17. §. 1., *l. In rebus commodatis* 18. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 18. §. *Possunt* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 18. §. *Item qui sciens* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1222.

Ut haec plenius percipiantur, animadvertendum est cum Vinnio (1), triplicis generis esse contractus: alii ex uno tantum latere obligant: quidam ultro citroque; alii vero sunt inter utrosque medii, ex quibus unus tantum, si ad propriam contractus naturam respiciamus, obligatur, sed ex accidenti alter quoque obligari potest. Contractus, qui ex una tantum parte obligant, sunt mutuum, et stipulatio; solus enim, qui mutuum accipit, adstringitur, nec non solus is, qui stipulanti promittit. Ultro citroque pariunt obligationem emptio, et venditio, locatio, societas.

(1) *Vinnius commentar. institut. hoc tit.* §. 2. *num.* 2.

§. 1223.

Intermedii demum, qui ex sui natura unum dumtaxat obligant, sed ex accidenti utrumque adstringere possunt, sunt commodatum, depositum, pignus: atque, ut de commodato potissimum loquamur, qui rem gratis alteri utendam concedit, ex vi hujus contractus ille, qui accipit, adstringitur ad rem custodiendam, prout decet honestum quemque patremfamilias, eamque suo tempore, et loco restituendam: attamen ex accidenti, et praeter contractus naturam evenire potest, ut commodans obligetur commodatario, si hic in utilitatem rei commodatae impenderit (1): atque idem fere dicendum de deposito, et pignore.

(1) *D. l. In rebus commodatis* 18. §. *Possunt* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1224.

Atque hinc actiones, quae commodanti, (1), deponenti, (2), et debitori pignus danti (3) tribuuntur, directae nominantur; quia per se directo, atque ex natura negotii competunt: quae vero dantur commodatario (4), depositario (5), vel pignoratitio creditori contrariae solent appellari (6): quo etiam fundamento tituli Digestorum inscripti sunt commodati, vel contra, depositi, vel contra.

(1) §. *Item is* 2. *instit. hoc tit.*

(2) §. *Praeterea* 3. *instit. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

(3) §. *ult. instit. hoc tit.*
(4) *D. l. In commodato* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Ei, apud quem* 5. *ff. depositi* (16. 3.)
(6) *L. Si necessarias* 8. *in princip. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

§. 1225.

Hisce praehabitis, utriusque actionis fines, atque effectus explicemus. Imprimis inquirendum, quibus competat actio commodati directa, adversus quos, et quid per eam petatur. Directa commodati actio datur commodanti, sive is dominus rei sit, sive non, cum etiam furi, et praedoni permittatur (1); quia et istorum interest, rem commodatam recipere, ut eam domino restituant. Sane, si fur, aut praedo concurrat cum domino, qui rem suam vindicet, nullum illis superest actionis jus (2). Potiori ratione commodantis haeredi tribuenda est, cum actio haec ad rem tendat; quae proinde in haeredem universi juris successorem transit (3). Si quis rem alienam commodato dederit, conditione adjecta, ut illa domino restituatur, huic utilis actio ex aequitate concessa fuit (4).

(1) *L. Ita ut* 16. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi* (16. 3.)
(3) *L. Qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(4) *L. penult. codic. ad exhibend.* (3. 42.)

§. 1226.

Commodati actione convenitur commodatarius, si modo consilii capax sit, atque haeres illius (1): si pluribus eadem res fuerit simul commodata, placuit, contra omnes in solidum agi posse; ita sane, ut, uno solvente, alter liberetur, quasi duo rei debendi sint (2): nisi convenerit, ut quisque pro parte tantum teneatur, prout convenisse videtur, cum id actum, ut res pluribus commodata sit communi periculo, idest ut quisque partem periculi praestet (3).

(1) *L.* 1. *in princ.*, *l. Sed mihi videtur* 3. §. *Haeres ejus* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si, ut certo loco* 5. §. *ult.*, *l. Unde quaeritur* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Rem mihi* 21. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1227.

Commodatarium directa actione conveniri, dicimus, si modo consilii capax sit (§. praeced.); etenim pupillus absque tutoris interventu commodatum accipiens non tenetur, cum nec in illius persona commodatum constiterit (1): atque idem potiori ratione de furioso dicendum (2): nisi pupillus, vel furiosus locupletiores facti sint (3); neque enim aetatis imbecillitas justa caussa est, cur ex alienis spoliis ditentur (4). Minores quod spectat, si curatorem habeant, furiosis, et prodigis aequiparantur; alioquin laesi in integrum restituuntur (5).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Nec in furiosum* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Sed mihi videtur* 3. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)
(5) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integr. restitution. minor.* (2. 22.)

§. 1228.

Quinimmo, prosequitur Ulpianus, impuberes sine tutoris auctoritate commodatum accipientes ita a commodati actione immunes sunt, ut nec teneantur, tametsi puberes facti dolum, aut culpam admiserint; quia commodatum *ab initio non constitit* (1), quod de actione directa commodati accipiendum est, ut indicat subjecta ratio; nec enim actio commodati esse potest, ubi commodatum non est, sed propter dolum vel culpam post pubertatem admissam non dubium, quominus actioni legis Aquiliae locus sit (2); etenim minores quoque ex delicto, vel quasi delicto obligantur (3).

(1) *D. l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis hominem 17. ff. ad exhibendum (10. 4.)*
(3) *L. Si ex caussa 9. §. Nunc videndum 2. ff. de minorib. (4. 4.)*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

§. 1229.

Quod ad plures ejusdem commodatarii haeredes pertiuet, in solidum unusquisque tenetur, si res individua sit, vel unus totam restituere possit, ita suadente aequitate, puta, si rem possideat (1); vel etiam, si ex facto suo conveniatur (2): alioquin quisque pro parte, qua haeres est, tenetur (3), justa receptas in jure regulas (4).

(1) *L. Sed mihi 3. §. Haeres ejus 3. ff. hoc tit.*
(2) *L. In commodato 17. §. Si ex facto 2. ff. hoc tit.*
(3) *D. l. 3. §. 3. ff. hoc tit.*
(4) *L. Pro haereditariis 2., et passim cod. de haereditar. actionib. (4. 16.)*

§. 1230.

Directa commodati actione petitur, ut restituantur res commodatae cum accessionibus (1). Quod si res commodata perierit, videndum, an dolus, vel culpa commodatarii intercesserit, nec ne. Re absque commodatarii facto, vel culpa pereunte, nihil restituendum, idest nec rei aestimatio debetur, puta si incendium, ruinam, naufragium res passa sit; aut a latronibus erepta (2); etenim casus fortuitos in re aliena nemo praestare solet, nisi ita convenerit, vel res aestimata data sit, conditione adjecta, ut aestimatio restituatur (3); quia aestimatio venditionem facit, atque dominium in commodatarium transfert (4); proinde periculum quoque subire tenetur: vel nisi culpa casum praecesserit (5).

(1) *L. Si, ut certo 5. §. Usque adeo 9. ff. hoc. tit.*
(2) *D. l. 5. §. Quod vero 4.*
(3) *D. l. 5. §. Et si forte 3. ff. hoc tit.*
(4) *L. Plerumque interest 10. in princ. ff. de jur. dot. (23. 3.)*
(5) *V. §. seq.*

§. 1231.

Casui autem fortuito, quatenus a commodatario non praestatur, accensetur damnum, quod res commodata passa sit ex usu rei immoderato, sed quem commodans permiserit; puta, equus in nimis longum iter commodatus fuerit, atque ideo vel perierit, vel deterior effectus sit; sibi enim imputare debet commodans, cur rei suae diligentius non prospexerit (1): non autem commodatario, nisi hic alicujus culpae, vel minus diligentis custodiae argui possit (2). Sed si commodatarius re alias utatur, quam data fuit, atque ita casu fortuito perierit, puta equo in aliud iter, atque a latronibus praedatus sit, de eo tenetur (3): etenim damnum contingens commodatarii culpae, et facto vere adscribi potest.

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Eum, qui 10. ff. hoc tit.*
(3) *L. Si, ut certo 5. §. Sed interdum 7. ff. hoc tit.*

§. 1232.

Ergo, culpa commodatarii interveniente, damnum commodanti reficere tenetur: si autem quaeratur, quam culpam praestet commodatarius, distinguendum est, an ipsius tantum commodatarii utilitas versetur, an solius commodantis, an utriusque. Dolus sane in omni contractu praestari debet; atque in commodato, cum plerumque solam utilitatem contineat ejus, cui res utenda conceditur, etiam culpa, et diligentia praestanda est (1).

(1) *D. l. Si, ut certo 5. §. Nunc videndum 2., l. In rebus commodatis 18. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

§. 1233.

Sed fieri quoque potest, ut commodans ipse ex commodato solus lucrum sentiat, vel sentire videatur, puta si maritus sponsae, vel uxori ornamenta commodaverit, quo honestius culta ad se deduceretur (1): vel ut communis sit utilitas tum commodantis, tum commodatarii; puta si quis argentum factum, aliaque hujus generis alteri commodaverit, ut communis amicus ad coenam invitaretur, atque commodatarius hujus rei curam susceperit (2).

(1) *D. l. Si, ut certo* 5. §. *Interdum* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 18. *in fin. princip. ff. hoc tit.*

§. 1234.

Cum solius commodatarii utilitas in commodato versatur, dolum, culpam, et diligentiam praestat (1), idest diligentiam, qualem diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet (2); si in utriusque utilitatem cedat commodatum, dolus tantum, et culpa, seu media diligentia exhibenda est (3): quod si solius commodantis gratia res commodata sit, de dolo dumtaxat tenetur commodatarius (4), et culpa lata, quae dolo aequiparatur (5).

(1) *D. l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. hoc tit.*, *l. Contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *D. l. In rebus commodatis* 18. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 5. §. 2., *d. l.* 18. *in fin. princip. ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 5. §. *Interdum* 10. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Magna* 226. *ff. de verb. significat.* (50. 16.)

§. 1235.

Cum in commodato, nec non caeteris contractibus, de quibus acturi sumus, interdum dolus, aliquando culpa levis, et levissima praestentur, opportunum est explicare, quid sit dolus, quid culpa, et quae sint culpae species, seu gradus. Dolus est machinatio, seu fallacia alterius decipiendi, vel laedendi caussa consulto adhibita (1): dolus decipiendi, vel laedendi animum annexum habet ad discrimen culpae etiam gravissimae, quae sine eo esse potest.

(1) *L.* 1. §. *Dolum* 2. *ff. de dolo malo* (4. 3.)

§. 1236.

Culpa definiri potest factum inconsultum, quo alteri damnum injuria infertur. Facti nomine etiam non factum intelligimus, cum immo culpa in omittendo potius, quam faciendo sit: inconsultum est hujusmodi factum, vel non factum; non quidem in se, sed ratione habita damni, quod in alterum cadit; si enim quis consulto faceret, vel omitteret, ut alter damnum sentiret, dolus, non culpa esset. Postremo dicimus, dadamnum injuria per culpam inferri; si enim jure alteri noceatur, culpae adscribi non potest.

§. 1237.

Culpae species tres in jure distingui solent: latae, levis, et levissimae; atque opponuntur diversis diligentiae speciebus, seu gradibus, cujus idcirco tres quoque numerantur: alia enim est diligentia maxima, quaedam media, alia demum minima: latae culpae opponitur minima diligentia, levi media; levissimae vero maxima.

§. 1238.

Culpa lata est omissio diligentiae minimae, seu diligentiae, quam omnes, etiam minus providi patresfamilias, non tamen prodigi in rebus suis adhibere solent (1): proinde latae culpae reus est, qui noctu non claudit ostia, vel fenestras, per quas de plano intrari potest: vel rem in loco aperto relinquit, stulte putans, neminem esse adventurum, qui eandem subripiat: quia minus diligentes patresfamilias pericula haec avertere solent.

(1) *L. Cedere diem* 213. §. *ult.*, *l. Latae culpae* 223. *ff. de verbor. signific.* (50. 16.)

§. 1239.

Levis culpae nomine significatur omissio diligentiae, qua diligentes patresfamilias uti solent in rebus suis custodiendis; seu quam vulgo homines frugi rebus suis adhibent, et quam rerum natura desiderat (1). Cum ergo diligentes patresfamilias fenestras etiam altiores claudere soleant, ne fures scalis admotis ingrediantur, culpae levis reus habetur, qui haec omittit. Quoties autem in jure culpae nomen absolute ponitur, vel dolo objicitur, levis significari solet (2); non lata, quippe haec dolo fere aequiparatur (3); eique proxima dicitur (4). Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 13. tit. 6 Cod. l. 4. tit. 23.

(1) *L. Quod Nerva* 32. *ff. depositi* (16. 3.), *l. Quod saepe* 35. §. *Si res vendita* 4. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(2) *D. l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. hoc tit.*, *d. l. Contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.*

(3) *D. l. Magna* 226. *ff. de verbor. significat.*

(4) *L. Non similiter* 4. *in fin. ff. de Magistratib. conveniend.* (27. 8.)

§. 1240.

Postremo levissima culpa, quae maximae, seu summae diligentiae opponitur, est omissio diligentiae, quam solertissimi patresfamilias in custodiendis rebus suis plerumque adhibent (1): proinde non sufficit eam adhibere diligentiam, qua passim honesti, et frugi patresfamilias utuntur in rebus suis conservandis, sed exactissima desideratur (2): puta, ait Vinnius, non carebit culpa levissima, qui fenestras versus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris, aut ferreis perticis (3); ibique res commodatas non inferioris valoris reposuit: haec porro diligentia custodiae, aut etiam diligentiae sine addito nomine in jure significatur (4).

(1) *L. In rebus commodatis* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* §. *Item is* 2. *in med. instit. hoc tit.*, §. 1. *in fin. instit. de obligationib. quae quas. ex contract.* (3. 28.)

(3) *Vinnius commentar. institut. ad* §. 2. *institut. hoc tit. num.* 10.

(4) *D. l. Si, ut certo* 5. *Nunc videndum* 2. *ff. hoc tit.*, *d. l. Contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.*

§. 1241.

Cavendum tamen, ne una, et certa regula quis definire velit, an lata, an levis, an levissima culpa intercesserit; seu an minima, an media, an maxima diligentia adhibita sit; hujus quaestionis definitio ex diversis rerum, et personarum adjunctis pendet: etenim in rebus pretiosioribus custodiendis longe major requiritur diligentia, quam in vilioribus, nec non pro diversitate locorum, et temporum gravius, vel levius potest esse periculum incursus hostium, latronum, incendii, ruinae, et similium; facilius, aut difficilius imminere: adeoque diligentior, vel segnior custodia desideratur: quare generalibus hisce praeceptis instrui potest judex, ut, singulis rite pensatis, in diversis casibus ad normam aequitatis sententiam ferat.

§. 1242.

Ergo, ut paucis rem hanc contrahamus, dolus, et culpa lata, quae dolo aequiparatur, in omnibus contractibus praestatur (§. 1234): nec major exigitur diligentia in re custodienda, puta deposito, si solius dantis utilitas versetur: levis praestatur culpa, seu media diligentia adhibenda est, cum contractus vergit in utriusque contrahentis utilitatem, ut emptio, locatio, societas, pignus: postremo etiam de levissima culpa tenetur, seu exactissimam diligentiam adhibere debet, qui ex contractu solus utilitatem sentit, prout plerumque contingit in commodato (1). Ideo autem in precario sola culpa,

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

lata praestatur, licet solius accipientis utilitas in eo sit, quia precario concedens pro arbitrio rei usum revocare potest; adeoque solam diligentiam, quam passim homines adhibere solent, sufficere visum fuit (2).

(1) *D. l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. hoc tit., d. l. Contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.*

(2) *L. Quaesitum est* 8. § *Eum quoque* 3. *ff. de precario* (43. 26.)

§. 1243.

De his passim omnes consentiunt. Singulares quidam casus sunt, de quibus dubitari potest, an damnum rebus commodatis contingens commodantis, an commodatarii oneri sit. Si Titius Sempronio vas argenteum commodaverit, ut pignori daret, creditor autem non patiatur pignus lui, recte censuit Ulpianus, commodatarium liberari cedendo actiones commodanti, atque litis sumptus, et similes expensas ferendo (1); cum enim res pignori data sit ex voluntate domini commodantis, tertii factum ipsi nocere debet (2).

(1) *L. Si, ut certo* 5. §. *Rem tibi dedi* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Eum, qui* 10., *l. ult. ff. hoc tit.*

§. 1244.

Sed quid dicendum, si res perierit, vel deterior facta sit culpa nuncii, per quem res commodata restituitur? Distinctionibus quaestio haec dirimenda est. Si commodans ipse nuncium elegerit, cui res a commodatario remitteretur, res commodanti perit (1), nisi forte nuncium eo tantum fine miserit, ut commodatarium admoneret, non ut per eum restitutio fieret (2): quod si commodatarius ipse nuncium elegerit, illius culpam, vel factum praestare tenetur (3).

(1) *D. l. Eum, qui* 10. §. 1., *l. Si mei caussa* 12. § 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 10. §. 1., *et l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 1245.

Excusari tamen potest commodatarius, qui nuncium elegerit, si hunc idoneum juste crediderit; is vero a malis hominibus deceptus sit, qui rem commodatam abstulerint (1), dummodo culpa saltem gravis nuncio imputari non possit. Quod si quis se finxerit a commodante missum, ut rem commodatam acciperet, atque ad dominum perferret, eamque furatus sit, commodatarius rem domino, seu aestimationem dare tenebitur, si imprudentiae et nimiae credulitatis argui possit: alioquin res domino suo perit.

(1) *L. Argentum* 20. *ff. hoc tit.*

§. 1246.

Hactenus de actione directa commodati: quaedam de contraria supersunt dicenda. Contraria commodati actio datur commodatario adversus commodantem, qui usum rei ante definitum tempus auferat, vel impediat: tum ad repetendas impensas graviores, quas in re commodata fecerit; postremo, ut commodans praestet damnum, quod commodatarius passus est ex re commodata, quam sciens vitiosam commodato dederit.

§. 1247.

Imprimis commodatarius damnum, quod ex intempestiva rei restitutione passus est, a commodante petere potest: voluntatis utique est commodatum dare, sed necessitatis consummare; atque, nisi praestituto tempore commodans re uti posset, beneficio deciperetur, quo tamen aequum est adjuvari (1). Neque licet commodanti, si aliquibus credimus (2), rem commodatam ante tempus repetere, quia eadem ex inopinato eventu ipse indigeat; id enim in locatione probatum est (3), in qua merces pro rei usu datur, adeoque conductor grave damnum pati non videtur, cum usu carens mercedem quoque retineat: contra gravius damnum sentiret commodatarius, cui usus rei gratuito concessus fuit. Quaestio haec una, et generali regula definiri non potest, sed pendet a singulis rerum, et personarum adjunctis.

(1) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 13. *tit.* 6. *num.* 9. *fere in princip.*
(3) *L. Aede* 3. *cod. de locato* (4. 65.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 13. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 23.

§. 1248.

Cum res ad certum tempus commodato tradita est, conventioni standum (§. praeced.): quod si tempus praescriptum non fuerit, non potest commodans pro lubitu illud statuere, sed judicis, vel boni viri arbitrio res ita temperanda est, ne commodatarius ex beneficio decipiatur: proinde si tigna ad insulam fulciendam quis commodaverit, non potest ea repetere, antequam insula refecta sit, vel refici potuerit; alioquin contrario judicio tenetur (1): idem in caeteris casibus dicendum, atque potissimum ex usu, ad quem res commodata fuit, tempus definiri debet.

(1) *D. l. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1249.

Praeterea contrariam commodati actionem dari diximus commodatario ad repetendas impensas graviores in rei commodatae utilitatem erogatas (§. 1246.): etenim leviores commodatarius, qui gratuito re utitur, ex aequitate ferre tenetur (1); puta, si equus commodatus sit, impensae cibariorum utique ad commodatarium spectant; atque etiam valetudinis, si medicae sint, non autem immodicae (2).

(1) *L. In rebus commodatis* 18. §. *Possunt* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 18. §. 2. *in med.*

§. 1250.

Postremo commodans contraria actione cogitur reficere damnum, quod commodatarius passus sit ex re commodata, quam sciens vitiosam commodato tradiderit: puta vasa vitiosa, atque in illis infusum vinum, vel oleum corruptum, aut effusum sit (1); nec enim decet, ut saepe diximus, commodatarium sub specie beneficii decipi (2). Profecto, si commodans rei vitium ignoraverit, de damno, quod commodatarius passus est, minime tenetur (3).

(1) *D. l. In rebus commodatis* 18. §. *Item, qui sciens* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *L. penult. ff. hoc tit.*

§. 1251.

An vero commodatarius jure retentionis uti possit, seu an possit retinere rem commodatam propter impensas in eam factas, vel damna, quae ex re ipsa passus sit, non consentiunt interpretes, quia nec consentientes videntur juris textus. Si ad responsa jureconsultorum quaestio exigatur, pro commodatario respondendum videtur: hi quippe supponunt ob impensas commodatam rem, quasi pignoris loco, juste retineri (1): aliud tamen deinceps placuisse videtur Imperatoribus Diocletiano, et Maximiano: ita enim ajunt: *Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* (2).

(1) *L. Creditoris* 15. §. *ult.*, *l. Si is, qui rem* 59. *ff. de furtis* (47. 2.)
(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 1252.

Sunt, qui contendunt, Imperatores (1) explicandos esse de debito, quod extraneum sit commodato: negant alii, generalia verba ita restringi posse: addunt, aequitatem non pati, ut rei dominus, qui commodatario beneficium praestitit, re sua sub praetextu impensarum, quae fortassis erogatae non sunt, vel restitui non debent, carere cogatur. Subjiciunt exemplum depositi, in quo omnis compensatio, deductio, et doli exceptio, qua depositarius se a re deposita restituenda eximere velit, omnino reprobatur (2); si autem retentio non permittitur in deposito, quod in solius deponentis utilitatem plerumque vergit, multo magis rejici debet in commodato quod soli commodatario plerumque prodest.

Inst. l. 3. tit. 16. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *In d. l. ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. penult. cod. depositi* (4. 34.)

§. 1253.

Utraque sententia suis profecto nititur argumentis. Cum receptae apud omnes juris regulae vix sinant, ut dicamus, rescripto speciali (1) jus vetus (2) abrogatum fuisse (3), maxime quia commode intelligi potest de debito, quod ex re ipsa commodato concessa non proficiscatur (§. praeced.): aequitas tamen commodanti faveat (et quidem fortius, quam deponenti), qui rem suam repetit.

(1) *D. l. ult. cod. hoc tit.*

(2) *D. l. Creditoris* 15. §. *ult.*, *et l. Si is*, *qui rem* 59. *ff. de furtis* (47. 2.)

(3) *L. Sed et posteriores* 28. *ff. de legibus* (1. 3.)

§. 1254.

Quidam mediam viam amplectuntur, atque tradunt, commodatae rei permittendam commodatario retentionem ob impensas in eam factas, vel alia, quae contrario judicio petuntur, si de his certo constet; alioquin restituendam eam esse commodanti, dummodo idonee caveat, se commodatario praestiturum, si quid deberi deinceps apparebit (1). Ita consulitur tum rei domino, tum commodatario, quem beneficio juvari, non decipi aequum est (2).

(1) *V. Voet in Pandect. hoc titul. lib.* 13. *tit.* 6. *num. ult. prop. fin.*

(2) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1255.

Unum hic superest animadvertendum: videlicet, si commodatarius rei amissae pretium commodanti solverit, tum haec inveniatur, posse, re tradita, pretium repetere (1). Post haec, servato institutionum ordine, de deposito agendum.

(1) *L. Si fullo* 2. *ff. de condiction. sin. causs.* (12. 7.)

TITULUS X.

De deposito.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 16. tit. 3. } *Depositi, vel contra.*
Cod. lib. 4. tit. 34. }

SUMMARIA.

Quae sint de deposito sigillatim expendenda? §. 1256.

Depositum est contractus, quo res alteri gratis custodienda traditur. §. 1257.

Depositum plerumque continet solam deponentis utilitatem. §. 1258.

Depositi actio esse potest, tametsi convenerit, ut tantumdem restituatur. §. 1259.

Cur depositum induat naturam mutui, si expresse convenerit, ut depositarius nummis depositis utatur? §. 1260, *et* 1261.

Contractus initium spectandum est, ut sciatur, an depositum sit, an mandatum. §. 1262.

Depositum aliud est voluntarium, aliud necessarium, seu miserabile, regulare aliud, vel irregulare. §. 1263.

Depositum sequestrarium dividi potest in voluntarium, et necessarium, seu judiciale. §. 1264.

Cum debitor creditori pecuniam offert, eamque in loco publico, creditore accipere recusante, deponit, depositum hoc vim solutionis habet. §. 1265.

§. 1256.

Tertia contractuum, qui re perficiuntur, species est depositum. De eo autem haec sunt summatim expendenda. 1. Quid sit, et quotuplex. 2. Quae res deponi possint. 3. Quae actiones ex deposito nascantur, tum favore deponentis, tum favore depositarii, et quod per illas petatur.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

§. 1257.

Depositum, si Ulpiano credimus, inde dictum, quod ponitur, atque fidei alterius committitur rei custodia (1), definiri potest contractus, quo res alteri gratis custodienda datur. Contractus nomen, utpote generale, tenet locum generis, quo depositum cum caeteris contractibus convenit: rei mentio, quae subjicitur, demonstrat, depositum referri inter obligationes, quae re contrahuntur: res in deposito custodienda datur; atque hinc differt depositum a mutuo, quo rei dominium in accipientem transfertur (2); nec non a commodato, quo rei usus accipienti permittitur (3); atque a pignore, quo securitas creditori praestatur (4): gratis porro custodia in deposito suscipitur; mercede interveniente vel locatio, et conductio est (5); aut incerti contractus genus (6).

(1) *L. 1. in princ. ff. hoc tit.*
(2) *Princ. instit. hoc tit.*
(3) §. *Item is 2. instit. hoc tit.*
(4) §. *ult. instit. hoc tit.*
(5) *L. 1.* §. *Si vestimenta 8. ff. hoc tit.*
(6) *D. l. 1.* §. *Si quis servum 9.*

§. 1258.

Si ad propriam depositi naturam respicіamus, solius deponentis, qui rem suam alteri custodiendam tradit, plerumque fit, nihil tamen prohibet, quominus tertii etiam, vel depositarii favor in eo versetur: puta, si quis pecuniam deponat penes eum, qui pecuniam mutuam habere vult, sed in eo tantum casu, quo praedia comparare possit (1).

(1) *L. Si quis nec caussam 4. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 1259.

Rei dominium ex deposito in deponentem non transit, sed res eadem restitui debet (§. 1257.). Quid ergo, si convenerit, ut non eadem pecunia, sed tantumdem restituatur, prout tacite convenisse videtur, cum nec clausa, nec obsignata datur, sed numeratur (1)? Si convenit, ut non corpora nummorum eadem redderentur, sed tantumdem solveretur, egreditur ea res, ait Papinianus, depositi notissimos terminos (2): depositi tamen actio adhuc locum habet (3): nisi expresse id actum sit, ut depositarius nummis depositis utatur (4).

(1) *L. In navem 31. fer. in princip. versic. Idem juris ff. locati* (19. 2.)
(2) *L. Lucius Titius 24. fer. in med. ff. hoc tit.*
(3) *L. Die sponsaliorum 25.* §. *1. ff. hoc tit.*
(4) *L. Certi condictio 9.* §. *ult., et l. seq. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 1260.

Cur autem depositi actio maneat, cum simpliciter convenit, ut tantumdem restituatur (1): mutuum vero contractum dicatur, cum id actum, ut depositarius deposita pecunia utatur (2), quidam discrimen repetunt ex diversis effectibus, quos pariunt expressa, vel tacita: ita ut expressim facta conventione, ut depositarius nummis depositis utatur, mutuum fiat, atque depositum desinat: tacita vero utendi conventio, quae inest, cum tantumdem restitui debet, hunc non pariat effectum.

(1) *D. l. Die sponsaliorum 25.* §. *1. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Certi condictio 9.* §. *ult. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 16. tit. 3 Cod. l. 4 tit. 34

§. 1261.

Sed congruentius aliis placet, discrimen ex communi hominum aestimatione repetere: tum quis pecuniam nec clausam, nec obsignatam apud alium deponit, non indistincte illius usum depositario permittere judicatur; sed tantum in eo casu, quo statim eamdem summam repositurus sit; sive in eadem, sive in alia nummorum specie: ita ut possit ipse deponens, quandocumque pecuniam depositam recipere; nec enim uti re aliena videtur, qui statim restituere debet petenti: contra, expresse permisso usu pecuniae depositario, deponens necessario consentit, ut depositarius ea tamquam re propria utatur; atque ulterius moram quamdam ad solvendum dare censetur, et debet; ne alioquin depositarius beneficio concessi usus potius decipiatur, quam adjuvetur (1).

(1) *Argum. l. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *in fin. ff. commodat.* (13. 6.)

§. 1262.

An depositum sit, quoties alteri res custodiendae traduntur, an mandatum, quod maximam cum deposito affinitatem habet, aliquando dubitatur; hic autem generalis regula prae oculis habenda, initium contractus spectandum esse (1); quippe ex initio contractus mens contrahentium praecipue dignoscitur. Hinc, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati, ait ex Pomponio Ulpianus, esse actionem; quia hic est primus contractus (2): quo fundamento idem Pomponius censuit, mandati actionem esse in ea specie, qua quis Sempronio rem dederit, ut ad Titium perferret, ab eoque custodiretur: quod si Titius non recepisset, idem Sempronius custodiret; Titius vero non receperit (3).

(1) *L.* 1. §. *Idem Pomponius* 13. *ff. hoc tit.*, *l. Si tantum* 12. *ff. de Senat. Consult. Macedon.* (14. 6.)

(2) *D. l.* 1. §. 13. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. §. *Quod si rem tibi* 12. *ff. hoc tit.*

§. 1263.

Depositum generatim dividi potest in voluntarium, et necessarium, cui addi potest sequestrarium. Voluntarium illud est, quod modo definivimus: necessarium dicitur, quod fit cogente necessitate, cum incendii, ruinae, naufragii, vel alterius cladis caussa res deponitur (1); atque nulla subest deponendi ratio praeter periculum rei, ex suprascriptis caussis amittendae (2). Depositum hoc ab interpretibus miserabile solet appellari. Adhuc quidam distinguunt depositum in regulare, atque irregulare. Regulare vocant depositum, cum pecunia numeratur, tum clauditur, vel obsignatur: irregulare, si pecunia absque numeratione, et obligatione custodienda detur.

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Dict. l.* 1. §. *Eam tamen* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1264.

Depositum sequestrarium duplex quoque est, videlicet voluntarium, et necessarium, seu judiciale. Voluntarium nihil aliud est, quam voluntaria rei litigiosae depositio apud aliquem, qui eam servet, donec post caussae cognitionem constet, cui debeatur (1). Is, apud quem deponitur res litigiosa, sequester dicitur, quia uterque litigans fidem ejus in re servanda sequitur, si Modestino credimus (2): sequestratio vero necessaria, seu judicialis ea est, quae parte invita, sed judice praecipiente fit. Quae ad hanc pertinent, exponemus in fine hujus tituli.

(1) *L. Proprie* 6. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sequester.* 110. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 1265.

His addi potest altera depositi species, quando debitor offert creditori suo pecuniam; eamque, creditore accipere recusante, coram testibus, et auctoritate judicis in loco publico deponit; eaque obsignatur (1): hujus depositi vi impeditur, vel sistitur cursus usurarum, pignora liberantur, atque debitor se eximit a casibus fortuitis (2); cum ve-

rae solutioni aequiparetur, ita ut eosdem effectus pariat (3): de quo ideo dicemus in titulo de solutionibus; hic autem duplici capite expendemus, quae pertinent ad depositum tum voluntarium, tum necessarium, nec non sequestrarium.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *L. Acceptam* 19. *cod. de usur.* (4. 32.)
(2) *D. l.* 19. *in med.*
(3) *L. Obsignatione* 9. *cod. de solutionib.* (8. 43.)

CAPUT I.

De deposito voluntario, et necessario.

SUMMARIA.

Deponi possunt res mobiles cujuscumque generis, nec non immobiles. §. 1266.

Res alienae custodiae caussa apud tertium deponi possunt. §. 1267.

Ex depositio duplex oritur actio, directa, et contraria. §. 1268.

Una re dividua a pluribus deposita, singulis pro rata parte actio competit, nisi aliud convenerit. §. 1269., *et* 1270.

Deponentes singuli, atque eorum haeredes in solidum agere possunt, si deposita res individua sit. §. 1271.

Qui conveniri possint directa depositi actione? §. 1272.

Quid si res deposita a tertio possideatur? §. 1273.

Depositarius, qui moram fecerit in re restituenda, etiam ad usuras officio judicis condemnari potest. §. 1274.

Deposita res restituitur in loco, in quo depositarius bona fide eam habet, licet alibi deposita fuerit. §. 1275.

Depositarius plerumque solum dolum, et latam culpam praestat. §. 1276., *et* 1277.

Depositarius, qui sponte se offert deposito, de levissima culpa non semper tenetur. §. 1278., *et* 1279.

Depositarius quibus in casibus de fortuito eventu teneatur? §. 1280.

Quid si depositarius absque culpa rem possidere desierit? §. 1281.

Depositarius de dolo praesumpto interdum teneri potest. §. 1282., *et* 1283.

Judex, vel Senator, qui amiserit litis instrumenta, et caetera, quae ad judicandum penes se deposita habuit, de qua culpa teneatur? §. 1284., *et* 1285.

Deponens rei suae vindicationem habet adversus tertium possessorem, quin pretium ab hoc solutum restituere debeat. §. 1286., *et* 1287.

Quid si pecunia deposita fuerit, atque a depositario alienata? §. 1288.

Depositum ex nulla caussa retineri potest. §. 1289., *et* 1290.

Depositarius ad restituendum tenetur, tametsi convenerit, ut pecunia deposita utatur, quamdiu ea usus non est. Quid si certum tempus deposito restituendo praefinitum fuerit? §. 1291.

Deponens, si res amplius non extat, agere cogitur in generali discussionis instantia, quemadmodum caeteri creditores. §. 1292.

Quid si res deposita adhuc extet in patrimonio debitoris? §. 1293.

Depositum judicis imperio retineri potest: sed, praestita cautione, statim restitui debet. §. 1294.

Depositarius contraria depositi actione repetit omnes impensas in rem depositam factas, nec non damna ex re, vel rei occasione data. §. 1295., *et* 1296.

Depositario non permittitur jusjurandum in litem, utique vero deponenti. §. 1297.

An depositarius in duplum condemnari debeat, si depositum miserabile neget, et restituere detrectet? §. 1298.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

§. 1266.

Deponi possunt res omnes mobiles cujuscumque generis, sive usu consumantur, sive non: an vero in rebus immobilibus depositum consistere possit, non consentiunt interpretes: affirmantium sententia probabilior videtur; nihil enim prohibet, quominus res immobilis ab alio gratis custodiatur, seu alterius fidei commendetur (1), quod ad depositum sufficit (§. 1257.); praeterquamquod fere omnes fatentur, depositum judiciale, seu sequestrum rei immobilis fieri posse: nulla autem apparet sufficiens ratio, cur unum ab alio in hac re secernamus.

(1) *L. Lucius Titius* 24. *fer. in med. ff. hoc tit.*, *l. Commendare* 186. *ff. de verbor. significat.*

§. 1267.

Non tantum res propriae, sed etiam alienae custodiae caussa deponi possunt, cum per depositum non transferatur in accipientem rei dominium: quare creditor pignoratitius rem pignoratam alteri custodiendam dare potest (1); depositarius rem apud se depositam (2), dummodo non apud dominum (3): hinc Ulpianus post Marcellum depositi actionem concedit furi, et praedoni, qui rem subreptam deposuerit (4); quia ipsorum interest rem recipere, ut domino restituant: quod si fur, et dominus rem vindicent, dominus utique praeferri debet (5).

(1) *L. Pignus* 9. *cod. de pignoratit. action.* (4. 24.)
(2) *L. Si is, apud quem* 16. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Neque pignus* 45. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(4) *L.* 1. §. *Si praedo* 39. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Bona fides* 31. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1268.

Ex deposito non secus ac ex commodato, duplex oritur actio, directa, et contraria. Directa datur deponenti, quicumque sit, licet fur, aut praedo, nisi hi cum domino concurrant (§. praeced.): fisco etiam, qui in deponentis locum per bonorum publicationem successerit (1): vel tertio, si deponens ita caverit (2).

(1) *L. Bona fides* 31. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. Publia Maevia* 26. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1269.

Sed quid si plures rem communem deposuerint, vel deponens decesserit pluribus relictis haeredibus? Vel dividua, vel individua res deposita fuit: si dividua, singulis pro rata parte depositi actio competit (1): nisi forte convenerit, ut singuli deponentes in solidum agere possint (2).

(1) *L.* 1. §. *Si pecunia* 36., *et* §. *Sed si duo* 44., *l. Licet deponere* 17. *in fin. princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. 44. *ff. hoc tit.*

§. 1270.

Quia autem jura vigilantibus subveniunt (1), idcirco, si depositarius non solvendo factus fuerit, qui partem suam rei communis, vel haereditariam consecuti sunt, non tenentur caeteris communicare (2): alind quidem servatur in sociis (3), sed peculiari ratione; quia inter socios tum lucra, tum damna communia sunt (4).

(1) *L. penult. in fin. ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)
(2) *L. ult. cod. hoc tit.*
(3) *L. Verum est* 63. §. *Si cum tres* 5. *ff. pro socio* (17. 2.)
(4) *L.* 1. §. 1., *et passim ff. eod. tit.*

§. 1271.

Cum res deposita individua est, unusquisque ex deponentibus, vel haeredibus in solidum agere potest, dummodo caveat de partibus aliorum deponentium, vel cohae-

redum nullam depositario controversiam fore (1): quod si agens non caveat, res in aedem sacram (2), seu apud acta, prout hodie fieri solet, deponuntur, atque ita depositarius omni actione liberatur (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *L.* 1. §. *Si pecunia* 36. *prop. fin. ff. hoc tit.*

(2) *Romani res suas custodiae caussa reponebant in aede sacra, etiam in publicis horreis, nonnunquam apud argentarios, seu mensae nummulariae exercitores. D. l.* 1. §. 36. *in fin. ff. hoc tit., l. Pignus* 9. *cod. de pignoratit. action.* (4. 24.), *l. Si hominem* 7. §. *penult., et ult., l.* 8. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. §. 36. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1272.

Conveniuntur depositi actione depositarius, ejusque haeres (1); si depositarius sit filiusfamilias, tum ipse, tum pater peculio tenus conveniri potest (2): si plures haeredes sint, unusquisque pro rata parte, qua haeres est, tenetur (3): quod si res apud duos deposita sit, in solidum adversus unum agi potest; nec alter liberatur, nisi res reddita sit (4).

(1) *L.* 1. §. *Si deposuero* 45., *et seqq., l. Si hominem* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. §. *Filiumfamilias* 42. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 7. §. 1., *l. In depositi* 9. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 1. §. *Si apud duos* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1273.

Si res deposita a tertio possideatur, distinguendum, an jussu, vel consensu deponentis apud tertium sit, nec ne. In primo casu adversus possessorem depositi actio institui potest, si deponentis nomine acceperit, mandati vero contra depositarium: si autem tertius depositarii nomine rem acceperit, deponens mandati titulo a depositario consequitur, ut sibi cedat actiones adversus tertium rei possessorem (1): in altero casu etiam actiones deponenti a depositario cedi debent (2): sed non liberatur depositarius actiones cedendo, cum a suscepto onere propria auctoritate se liberare non potuerit (3): quod si res extet, dominus vindicatione uti potest ad rem suam recipiendam, quin cessio necessaria sit (4).

(1) *L.* 1. §. *Si te rogavero* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si is, apud quem* 16. *ff. hoc tit.*

(3) *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 1. *quaest.* 27. *num.* 7. ✠

(4) *L. Si is, qui depositum* 8. *cod. hoc tit.*

§. 1274.

Actione depositi petitur, ut restituatur res deposita cum sui accessionibus, puta fructibus, vel partubus (1): quod si depositarius re deposita in sui commodum usus sit, atque moram in restituendo fecerit, etiam ad usuras condemnari potest a judice (2): quod si judex de sorte quidem reddenda pronunciaverit, non autem de usuris, nulla de his petitio superest: *non enim*, ait Imperator Alexander, *duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione repellitur* (3).

(1) *L.* 1. §. *Et ideo* 24. *ff. hoc tit., Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 29. §. 16.

(2) *L. Si deposita* 4. *cod. hoc tit., l. Quintus Caecilius* 28. *in fin., et l.* 29. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 4. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 1275.

Restituitur autem res deposita in loco, in quo depositarius bona fide eam habet, licet alibi deposita fuerit (1); neque enim cogendus est depositarius, qui beneficium deponenti praestat, rem depositam in locum deponenti commodiorem transferre, nisi deponens eandem suis impensis, et suo periculo alio exportari petat (2): vel nisi aliud

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

inter contrahentes actum sit (3): quo casu, si de pluribus locis mentio facta sit, depositarius ex his, quem malit, rei restituendae eligere potest (4).

(1) *L. Si in Asia* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 12. §. 1. *in fin.*

(3) *L. Ei, apud quem* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 5. §. 1. *in fin.*

§. 1276.

Depositarius liberatur restituendo rem, si extet, licet deteriorem factam; nisi culpa lata ipsius perierit, vel deterior sit effecta; cum enim depositum in solius deponentis utilitatem plerumque versetur, solus dolus, et culpa lata, quae dolo similis est (1), ab eo praestatur (2).

(1) *L. Magna* 226. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(2) *L. Quod Nerva* 32. *ff. hoc tit.*, *l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.), *l. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1277.

Fieri tamen potest, ut depositarius de culpa levi, vel levissima, aut etiam casu fortuito teneatur. De levi, si mercedem pro deposito accipiat: quo casu tamquam ex conducto tenetur (1): levissimam praestat culpam depositarius, si ita convenerit inter ipsum, et deponentem (2); vel si ultro se deposito obtulerit, si Juliano credimus (3): vel si depositarii solius utilitas in deposito sit (4), juxta generales juris regulas (5).

(1) *L.* 1. §. *Si vestimenta* 8., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Si convenit* 6., *et* §. *Saepe evenit* 35. *ff. hoc tit.*, *l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.)

(3) *D. l.* 1. §. 35. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Si quis nec caussam* 4. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *Ubi de eo, qui pecuniam deposuit apud alterum, qui in praediorum emptionem uti desinaverat.*

(5) *D. l.* 5. §. 2. *ff. commodat.*

§. 1278.

Modo diximus, depositarium, qui deposito sponte se offert, teneri de levissima culpa, secundum Juliani sententiam, quam tamen non omnes probant: nec immerito; etenim fingamus agi de deposito, ut ajunt, miserabili (§. 1263.), seu quod incendii, ruinae, naufragii caussa fit; atque neminem ex his, quem rerum dominus rogavit, velle earum custodiam suscipere; Titium vero misericordia ductum, licet nullo necessitudinis, aut amicitiae vinculo devinctum, se ultro offerre deposito, ne res pereant; iniquum profecto est ab hoc majorem requirere diligentiam, quam ab alio, qui rogatus consenserit, aut quam ipse rebus suis servandis adhibere solet (1): alioquin officium, quod in alterius utilitatem ex charitatis ratione suscepit, ipsi maxime damnosum, aut saltem incommodum foret, quod non patitur aequitas (2), nec deponentis utilitas; cum ita futurum sit, ne quis deposito se offerre velit.

(1) *Arg. l. Quod Nerva* 32. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis ex signatoribus* 7. *ff. testament. quemadmod. aperiant.* (29. 3.), *l. Servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furtis* (47. 2.)

§. 1279.

Rectius ergo distinguitur, utrum quis sponte omnino, nec, ulla cogente deponentis necessitate, se obtulerit deposito; an commiseratione ductus erga deponentem, qui alium facile invenire non potuisset, cui tuto res suas custodiendas crederet; in primo casu levissimam utique culpam praestare debet; quia maximam diligentiam spondere videtur (1): in altero solam latam culpam praestat (2).

(1) *Argum.* §. 1. *in fin. institut. de obligationib., quae quasi ex contract. nascunt.* (3. 28.)

(2) *L. Quod Nerva* 32. *ff. hoc tit.*, *l. Si*, *ut certo* 5., §. *Nunc videndum* 2. *ff.* commodati (13. 6.), *D. l. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

§. 1280.

Fieri etiam potest, ut depositarius de casu fortuito teneatur; non tantum si convenerit, ut depositarius re utatur (1): sed etiam, si usus rei depositario concessus non sit, sed ipse moram fecerit in deposito restituendo, atque res post litem contestatam perierit (2), dummodo res aeque apud dominum peritura non fuisset (3).

(1) *L. Lucius Titius* 24. *ff. hoc tit.*, *l. In navem* 31. *ff. locati* (19. 2.)

(2) *L. Si in Asia* 12. §. *ult. ff. hoc titul.*

(3) *L. Si plures* 14. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1281.

Si depesitarius rem possidere desierit sine culpa lata, atque rursus ad eum pervenerit, eam reddere tenetur depositi judicio (1): proinde, si haeres rem depositam, suam putans, vendiderit, pretium, quod exegit, restituendo liberatur (2); vel cedendo actiones, si pretium adhuc consecutus non sit (3): nisi rem distractam redimere possit; quippe dolo facere videtur, si non redimit (4).

(1) *L.* 1. §. *Inde scribit* 21. *ff. hoc titul.*

(2) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Quid ergo* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Plane* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1282.

Non tantum de dolo, de quo constet, sed etiam de praesumpto depositarius teneri potest: puta si res depositae fuerint in eo loco, cujus claves penes depositarium semper fuerint; illaeso autem cubicolo amissas, et subtractas dici res depositas; nihil vero ex rebus, quae ad depositarium pertinebant (1); cum doli suspicio contra depositarium urgeat, aequum est depositi actione teneri (2): proinde in litem jurare poterit deponens, si non appareat, quid, et quantum depositum fuerit (3); atque idem dicendum, si cista, seu arca, aut capsula deposita fuerit clausa, et obsignata, atque aperta restituatur (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de deposit. lib.* 4. *tit.* 25. *definit.* 4. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1. *cod. de locat.* (4. 65.)

(3) *L.* 1. §. *In depositi* 26. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 4. *num.* 6. *in corp.*

(4) *Argum. l.* 1. §. *Si pecunia* 36. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. definit.* 4. *num.* 7. *in corp.*

§. 1283.

Neque depositarium juvat, subjicit Faber, quod probet, ex rebus subtractis quasdam in alterius manu, et potestate visas fuisse, nisi etiam demonstret, qua ratione fieri potuerit, ut illae ad possessorem pervenirent (1); alioquin pervenisse praesumuntur facto, et dolo ejus, qui claves habuit, sine quibus nihil subtrahi potuit, clausis, et illaesis januis: atque praesumptio haec fortior est, si nullae res ad depositarium spectantes amissae, seu subreptae probentur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de deposito lib.* 4. *tit.* 25. *d. definit.* 4. *num.* 8., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Quod Nerva* 32. *in fin. ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 4. *in fin.*

§. 1284.

Tractat hac occasione Faber, de qua culpa teneatur Judex, vel Senator, qui amiserit instrumenta litis, et caetera, quae ad judicandum penes se deposita habuit. Cum sit depositarius necessarius, ideat non ex eorum numero, qui ultro se offerunt deposito, dolum tantummodo, et latam culpam praestat (1): de dolo autem, et lata culpa se purgare debet per jusjurandum: atque omnem, quantum potest, adhibere diligentiam, ut deperdita instrumenta inveniantur (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *D. l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.), *d. l. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 25. *d. definit.* 4. *allegat.* 2.
(2) *Fab. d. definit.* 4. *allegat.* 2. *fere in princip.*

§. 1285.

Non vero tenetur judex suis sumptibus facere, ut transcribantur instrumenta deperdita litis, si summum jus inspiciamus; quia, ut supponimus, nec dolus, nec culpa ipsi potest imputari; adeoque nullum obligationis fundamentum est (1): quamquam putat Faber, sd boni, atque in noxii judicis dignitatem pertinere, ut hasce expensas eroget, quo omnem tum doli, tum culpae suspicionem a se propulset (2): quae tamen suspicio minor est, si omnium litigantium instrumenta amiserit, quae omnium intersit habere; cum in hoc casu dici nequeat, voluisse judicem celare instrumenta litis, ut uni ex litigantibus faveat (3). Sane, cum judices, et Senatores litis instrumenta apud se deposita servare soleant in diaeta bibliothecaria, ubi et studere, et litigatoribus accedentibus facile se praestare debent, eamque ob caussam apertas semper fores habere, excusandi facilius sunt (4).

(1) *D. l. Contractus* 23. *ff. de regul. jur.*, *d. l. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. de deposito lib.* 4. *tit.* 25. *definit.* 4. *d. allegat.* 2. *fere in med.*
(3) *Fab. d. allegat.* 2. *in med.*
(4) *Fab. d. allegat.* 2. *prop. fin.*

§. 1286.

Redeamus, unde paullisper discessimus. Supra diximus, depositarium, vel ejus haeredem, etiamsi bona fide rem depositam distraxerit, si tamen eam recuperet, actione depositi ad restituendum cogi (§. 1281.): quod si depositarius contumaciter detrectet, adversus eum juratur in litem (1). Disputant interpretes, utrum deponens vindicatione uti possit adversus tertium, qui rem teneat. Quidam denegant jus vindicationis deponenti, nisi pretium rei mobilis alienatae restituat; eo moti fundamento, quod ita exigat commerciorum usus, qui maxime turbaretur, si rerum mobilium evictio dominis facile permitteretur; cum vix ad emendum quis accedere vellet. Addunt, domino rei imputandum, cur parum diligentem, vel etiam malum depositarium elegerit (2).

(1) *L.* 1. §. *In depositi* 26. *ff. hoc titul.*
(2) *Argum. l. Qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1287.

Plerique tamen, et merito defendunt, domino vindicationem in omni casu competere, quin pretium restituere debeat; nec enim rem suam emere cogendus est dominus, quo invito nec dominium, nec quodcumque jus in alium transferri potuit (1): hinc apud nos, ait Faber, jus commune obtinet, ut bonorum mobilium, aeque ac immobilium persecutio salva sit adversus quemlibet possessorem, sive dominii, sive pignoris jure a vero domino, aut a pignoratitio creditore, vel alio quocumque res vindicentur (2).

(1) *L. Id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.*
(2) *Fab. codic. ad Senat. Consult. Trebellian. lib.* 6. *tit.* 27. *definit.* 11. *num.* 9., *et seqq. in corp.*

§. 1288.

Quod si fingamus, pecuniam depositam fuisse, eamque a depositario alienatam; si depositarius bona quaedam obligaverit, haec a tertiis possessoribus repetere poterit deponens, aut ille, cui depositum restitui deponens jussit (1); licet is filius sit deponentis (2); tum quia inter patrem, et filium naturalis oritur obligatio (3), quae sufficit ad vim pignoris (4); tum quia ex depositi susceptione per se nascitur obligatio restituendi, cui deponens voluerit (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de deposit. lib. 4. tit. 25. def. 5. num. 12. in corp.*
(2) *L. Publia Maevia 26. in princip. ff. hoc tit.*
(3) *L. Frater a fratre 38. §. 1. ff. de condiction. indebit. (12. 6.)*
(4) *L. Res hypothecae 5. ff. de pignoribus (20. 1.)*
(5) *D. l. 26. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34

§. 1289.

Nunc inquirendum, an depositarius aliquando se eximere possit a depositi restitutione. In hoc autem juris articulo aequitas, et bona fides praestanda tanti facta est, ut nullo praetextu permissa fuerit depositi retentio: atque cautum, ne deponenti obstet compensatio, vel deductio; immo neque doli exceptio (1): *Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico*, verba sunt Imperatoris Justiniani, *modis omnibus compellatur, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat: quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens* (2).

(1) *L. penult. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. de deposit. lib. 4. tit. 25. def. 3. in princ.*
(2) *D. l. penult. in princ. cod. hoc tit.*

§. 1290.

Rationem hujus juris statim subjicit Imperator; *cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur; et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrotrahatur* (1): quare praecipit Justinianus, ut res depositae ex utraque parte omnino, et statim restituantur, et postea legitimae actiones, quae depositario, vel depositariis competant, reserventur, atque instituantur (2): potiori ratione neque tertius impedire potest depositi restitutionem, allegans rem depositam ad se quocumque titulo pertinere (3). Neque etiam deponenti objici potest exceptio non numeratae pecuniae, quam semel numeratam agnovit (4).

(1) *D. l. penult. fer. in princip. cod. hoc tit.*
(2) *D. l. penult. in fin. princip.*
(3) *D. l. penult. §. 1., et Auth. seq. Sed jam cautum cod. hoc tit.*
(4) *L. In contractibus 14. §. 1. cod. de non numerat. pecun. (4. 30.)*

§. 1291.

Quin immo recte tradit Ulpianus, depositarium ad restituendum teneri, licet convenerit, ut ipse pecunia deposita uteretur, quamdiu ea usus non est (1); quia tributa facultas potest, re integra, revocari; nec alia deponentis voluntas praesumi debet. Idem dicendum, si convenerit inter deponentem, atque depositarium, ut depositum non nisi post certum tempus, puta post mortem deponentis, vel depositarii, restituatur; haec enim conventio facta praesumitur in gratiam deponentis, ne antea res deposita restitui possit; cum depositum per se solius deponentis utilitatem respiciat (2): adeoque pro arbitrio a priore voluntate recedit (3).

(1) *L. 1. §. Si pecunia 34. ff. hoc tit.*
(2) *§. Praeterea 3. institut. hoc tit.*
(3) *D. l. 1. §. Si deposuero 45., et l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 1292.

Quod diximus, depositario nullas competere exceptiones, quibus se a depositi restitutione eximat (§. 1289.), non impedit, quominus, mortuo depositario ante restitutum depositum, atque haerede cum beneficio inventarii adeunte, cogatur deponens eo nomine agere in generali discussionis instantia, quemadmodum caeteri creditores (1); quia depositi actio personalis est, utpote ex contractu descendens (2); quamvis inter caeteras actiones privilegium post dotem habeat (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *L. ult. §. Etsi praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.), *Fab. cod. hoc tit. de deposit. lib.* 4. *tit.* 25. *definit.* 3. *num.* 1., *et seqq. in corp.*

(2) *L.* 1. *princip.*, *et §. Is quoque* 5. *ff. de obligationib. et actionib.* (44. 7.) *Fab. d. definit.* 3. *num.* 3. *in corp.*

(3) *L. Si hominem* 7. *§. Quoties* 2. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. definit.* 3. *num.* 4. *in corp.*

§. 1293.

Haec ita, si res deposita amplius non extet: quod si adhuc exstet in patrimonio defuncti depositarii, utique vindicari potest (1), cum per depositum nec dominium, nec possessio transferatur, sed sola custodia (2): adeoque res deposita manet extra caussam haereditatis, nec ejus persecutio aliquid commune habet cum actionibus personalibus aliorum creditorum (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 25. *d. def.* 3. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Licet* 17. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Deposui* 38. *in princip. ff. de peculio* (15. 1.)

§. 1294.

Exceptionem quoque habere potest, quod diximus, depositum restituendum esse, licet tertius quis obstet (§. 1290.); si nempe tertius judicem adeat, atque ab eo impetret, ut deposita res interim a depositario retineatur: quo tamen casu, praestita per deponentem cautione indemnitatis erga opponentem, depositum statim relaxari debet (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 16. *tit.* 3. *num.* 9. *in fin.*

§. 1295.

Contraria depositi actio competit depositario, ut consequatur a deponente quascumque impensas, etiam modicas, quas in rei depositae utilitatem erogaverit; cum hic sola deponentis utilitas versetur (1): tum damna, quae depositarius ex re deposita, vel ejus occasione subiit (2): ita ut si servus depositus damnum dederit, non liberetur deponens, eum noxae dando, contra quam obtineat in commodato, quod soli accipienti prodest (3).

(1) *L. Actione* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Ei, apud quem* 5. *in fin. princip. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si servus communis* 61. *§. Quod vero* 5. *ff. de furtis* (47. 2.)

§. 1296.

Neque sibi contrarius judicandus est Affricanus, depositum in hac re a commodato, et pignore non secernens (1); etenim comparatio a Jureconsulto instituta tantum pertinet ad eum casum, quo deponens servum furem sciens deposuerit: hanc profecto interpretationem suadet tum aequitas, tum aliud ejusdem Affricani apertissimum responsum (2).

(1) *L. Si servus pignori* 31. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(2) *D. l.* 61. *§.* 5. *ff. de furtis.*

§. 1297.

Cum actio contraria depositario eo tantum fine concedatur, ut indemnitatem consequi possit; non permittitur jusjurandum in litem depositario, licet permittatur deponenti, qui de fide rupta agit (1): videlicet severius agendum visum fuit adversus depositarium, qui contra bonam fidem, quae in deposito potissimum servari debet (2), rem suae custodiae creditam restituere detrectet, quam adversus deponentem pro impensis in rem depositam factis, aut damnis a depositario passis.

(1) *L. Ei, apud quem* 5. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Bona fides* 31. *princip.*, *et §.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1298.

Quae hactenus exposuimus, praecipue pertinent ad depositum voluntarium, quod nulla necessitate cogente fit: sed et conveniunt deposito, quod, ex caussa incendii,

ruinae, vel naufragii factum, *miserabile* appellatur: id unum, si leges Romanas inspiciamus, in hoc deposito singulare est, quod depositarius in duplum condemnetur, si depositum neget, et restituere recuset (1); quia majoris perfidiae reus est (2): sed hodiernis moribus, scite monet post alios Voet, dupli poena in deposito, non secus ac in aliis caussis, exolevit (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. *Haec autem* 4.
(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 16. *tit.* 3. *num.* 11. *in fin.*

CAPUT II.

De deposito sequestrario.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 16. tit. 3. *Depositi, vel contra.*
Cod. lib. 4. tit. 4. *De prohibit. sequestration. pecun.*

SUMMARIA.

Sequestratio voluntaria iisdem legibus regitur, ac depositum: nisi quod res deponenti restitui non debet, sed victori. §. 1299.

Possessio rei sequestratae fuisse fingitur apud victorem, eique prodest ad usucapionem: nisi possessio ipsa apud sequestrem deposita fuerit. §. 1300.

Sequester rem depositam, ne pereat, aut deterior fiat, judicis auctoritate vendere potest, atque pretium rei succedit. §. 1301.

Quid si res immobiles sequestro depositae fuerint? §. 1302.

Foemina, quae notae probitatis sit, sequestris officio fungi potest. §. 1303.

Debitor, vel creditor, rem litigiosam sequestrationis caussa tenere possunt, si uterque consentiat. §. 1304.

Pecunia debita, partibus consentientibus, vel judice mandante, penes ipsum debitorem deponi potest. §. 1305.

Sequestratio facile fieri non debet penes judicem, vel proximos judicis consanguineos, tametsi litigantes consentiant. §. 1306.

Deposita, quae a supremis Magistratibus, vel judicibus decernuntur, apud nos cui credi debeant? §. 1307.

Qui rei suae sequestrem se fieri per simplicitatem passus est, non ideo dominium illius amittit. §. 1308.

Judicium a sequestratione incipere non debet; nisi litigantes consentiant. §. 1309.

Quae requirantur usu fori, ut judex sequestrationem decernere possit? §. 1310.

Sequestratio lite pendente decerni potest, si debitor pravae existimationis sit, fugae, aut dilapidationis suspectus, aut re litigiosa male utatur. §. 1311.

Sequestratio facilius permittitur post sententiam, atque in illius executionem. §. 1312.

An debitor in judicium vocandus sit, priusquam sequestratio decernatur? §. 1313.

Satisdatio de damno, et injuria praestari debet ab eo, qui sequestrationem petit; vel saltem cautio juratoria. §. 1314.

Collectores tributorum, creditores canonum, aliique speciale jus in re habentes ab onere satisdationis immunes sunt. §. 1315.

Descriptio bonorum debitoris, vel fructuum facilius permittitur, quam sequestratio, non tamen sine justa, et gravi caussa. §. 1316., *et* 1317.

Sequestrationis imaginem habet judicis decretum prohibentis, ne quis creditori suo solvat, sed pecuniam servet, donec aliter praescriptum fuerit. §. 1318.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 34.

An sufficiat denunciatio extra judicium facta coram testibus debitori, ne solvat creditori suo? §. 1319.

Explicatur duplex discrimen inter denunciationem, seu prohibitionem judicialem, et extrajudicialem. §. 1320., et 1321.

Sequestratio jus novum creditori non tribuit in bonis sequestro depositis. §. 1322.

An sequester, sequestratione durante, jus patronatus, et alia similia jura exercere possit? §. 1323., et 1324.

Sequestratione prorogatur jurisdictio judicis, qui eandem decrevit. §. 1325.

Res tum mobiles, tum semoventes, tum immobiles sequestrari possunt. Quibus in casibus immobilia sequestrari potissimum expediat? §. 1326.

Sequestrari generatim nequeunt res, quae ad victum, et vestitum debitoris necessariae sunt: instrumenta praediorum, vel artis. §. 1327.

Quid si bona haec debitori creditor vendiderit, vel mutuam pecuniam dederit ad ea comparanda? §. 1328.

Instrumenta, et scripturae sequestro deponi possunt, si justa subsit caussa. §. 1329., et 1330.

Satisdatio ad revocandam sequestrationem praestari debet, vocato, et audito creditore. §. 1331.

Sequestratio in executionem sententiae, a qua non liceat appellare, per satisdationem non revocatur. §. 1332.

Referuntur plures casus, in quibus solvendum est, ut sequestratio revocetur; nec sufficit satisdare. §. 1333.

Satisdatio ad impendiendam sequestrationem vim habet, modo debitor promittat, se judicio stiturum, et judicatum soluturum. §. 1334.

Appellatione mora non fit sequestrationi in remediis possessoriis summariis. §. 1335.

A sententia sequestrationis in judicio petitorio appellare licet. §. 1336.

Quid si per sequestrationem possessori eripiantur commoda suae possessionis? §. 1337., et 1338.

Ex sequestratione duplex oritur actio, directa, et contraria. §. 1339.

Sequester rem apud se depositam judicis auctoritate nonnisi ejusdem jussu restituere debet. §. 1340.

Quid si ex consensu litigantium, quis rem litigiosam custodiendam susceperit? §. 1341.

Depositum judiciale contrahi potest sola depositarii confessione. §. 1342.

Creditor pro arbitrio agere potest vel adversus debitorem, vel contra eum, qui falso se depositarium asseruit. §. 1343.

Salarium sequestri aliquando dari debet. §. 1344.

Sequester invitus judicis auctoritate quis fieri potest. §. 1345.

Sequester ob impensas in rem factas praefertur creditoribus etiam prioribus expressam hypothecam habentibus. §. 1346.

Sequestrationis impensas plerumque ferre debet creditor, quo instante fit. §. 1347.

Sequestrationi aequiparatur solemnis obsignatio aedium, cubiculorum, cistarum, et similium. §. 1348.

Alienationis prohibitio facta a judice impedit, ne rei dominium transferri possit. An eadem vis sit denunciationis extrajudicialis? §. 1349., et 1350.

§. 1299.

Superius diximus, duplex esse sequestrarii depositi genus: aliud voluntarium, aliud necessarium, seu judiciale, quod judice praecipiente fit (§. 1264.). Sequestratio voluntaria iisdem legibus regitur ac depositum sive voluntarium, sive necessarium; eo excepto, quod res sequestrata deponenti restitui non debet, sed victori (1); cum res sequestri ea lege data sit, ut victori restituatur (2). Hinc, si lis super re sequestrata ad

finem perducta non sit; non directa depositi, sed praescriptis verbis actione repeti debet (3). Excipitur casus, quo utraque pars in depositi restitutionem consentiat, tametsi lis finita non sit (4): quippe res eodem modo dissolvi potest, et debet, quo colligata fuit (5). Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3 Cod. l. 4. tit. 4.

(1) *L. Ei, apud quem* 5. §. *ult.*, *l. Si in Asia* 12. §. *Cum sequestro* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Sequester* 110. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)
(3) *L. Si quis adfirmavit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)
(4) *Reg. Constitution. lib.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*
(5) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1300.

Sive autem ex litigantium voluntate, sive judicis imperio fiat sequestratio, solam naturalem possessionem sequester nanciscitur, non dominium, nec possessionem civilem; quae apud victorem fuisse fingitur, eique prodest ad usucapionem; nisi expresse id actum sit, ut possessio in sequestrarium transferatur (1); puta si de possessione ipsa disceptetur, eaque idcirco sequestro deposita fuerit (2): quo sane casu neutri ex litigantibus possessio ejus temporis prodest (3).

(1) *Interesse puto: qua mente apud sequestrum deponitur res: nam, si omittendae possessionis caussa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae caussa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. L. Interesse* 39. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)
(2) *L. Licet deponere* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 17. §. 1. *in fin.*

§. 1301.

Cum sequester nudam rei detentionem habeat, sponte sequitur, nec rebus apud se depositis mobilibus, aut semoventibus uti, nec eas locare posse (1): quod si id faciat, denegantur ei sumptus custodiae, et alimentorum; atque insuper tenetur de damno, quod litigantes forte passi sint (2): attamen ob periculum, ne res sequestrata pereat, aut deterior fiat, judice praecipiente vendi potest; atque pretium loco rei apud sequestrem erit (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 15.
(2) *Reg. Constit. d.* §. 15. *in fin.*
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 11.

§. 1302.

Si res immobiles sequestro depositae sint, veluti praedia rustica, non ideo prohibetur agrorum cultura, aut collectio fructuum; sed id tantummodo cavendum, ut fructus apud virum probum, et idoneum conserventur, atque tandem restituantur illi, pro quo judex pronunciaverit (1). An vero permitti debeat agrorum cultura ei, qui fundum antea tenebat, an alteri credenda sit, res est ex personarum, aliisque adjunctis a judice statuenda.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 4.

§. 1303.

Ex dictis patet, bona, de quibus disputatur, sequestrari, seu deponi custodiae caussa posse apud quemcumque, dummodo litigantes in eo consentiant (1); atque etiam apud foeminam, quae notae probitatis sit (2): quod si litigantes dissentiant, judex personam eliget, quae proba, et solvendo sit (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 17.
(2) *L. Deinde ait* 3. §. *ult. ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)
(3) *Reg. Constit. d.* §. 17. *junct.* §. 4.

§. 1304.

Pignora regulariter, ait Ab-Ecclesia, apud unum ex litigantibus sequestrari non debent, sed apud tertium: praesertim si inops sit debitor (1): haec tamen regula fallit,

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4

si creditor, et debitor sponte consentiant, ut vel creditori, vel debitori ipsi res custodienda credatur (2); cum enim de re creditoris, et debitoris agatur, sponte possunt legem, quam malint, sequi. Quinimmo judex, si rerum, et personarum adjuncta ita suadeant, potest eligere unum ex litigantibus, ut res apud ipsum sequestrata sit (3).

(1) *Ab-Ecclesia observat. forens. part.* 1. *observat.* 152. *num.* 1., *et* 2.

(2) *Ab-Ecclesia ibid. num.* 3., 4., *et* 5.

(3) *Ab-Ecclesia d. observat.* 152. *num.* 5. ✠

§. 1305.

Quod de pignorum sequestratione dicitur, idem servandum in deposito, seu depositione pecuniae debitae, quam creditor accipere recuset (§. 1265.): videlicet apud tertium deponi pecunia debet, atque a judice eligendus est depositarius, qui facile credatur restituturus (1): quamquam, partibus consentientibus, vel judice mandante depositio potest fieri penes ipsum debitorem; dummodo pecunia coram testibus numeretur, obsignetur, et deponatur in sacculo, vel in arca, aut capsula separata (2).

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 152. *num.* 6., *et* 7.

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 8., *et* 9. ✠

§. 1306.

Sequestratio, prosequitur laudatus Ab-Ecclesia, potest etiam fieri penes tertium; non tamen facile apud ipsum judicem, nec apud proximos judicis consanguineos, ne inde oriatur suspicio quaestus, vel protrahendae litis (1): tametsi forte consentiant litigantes (2); quia consanguinei judicis facile cogi non possunt ad restituendum; atque timeri potest, ne litigantes metu judicis consentiant. Si quis autem justam habeat caussam recusandi depositi, appellare debet ad superiorem judicem; cum persona depositarii sit in arbitriu judicis; utique in deposito judiciali (3).

(1) *Ab Ecclesia d. observat.* 152. *num.* 11., *et* 12. *V. Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 21. §. *unic.*

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 14.

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 10.

§. 1307.

Deposita, quae a supremis Magistratibus, vel judicibus decernuntur, Regio jure debent tradi clausa primo sindico, aut scribae civitatis, aut communitatis, praesente scriba tribunalis, a quo rei gestae scriptura confici debet, atque reponi in arca sub duplici clave, quarum una penes sindicum sit, altera penes universitatis scribam: nisi litigantes communi consensu, atque periculo aliam personam elegerint, prout possunt, judice tantum excluso (1).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 21. §. *unic.*

§. 1308.

Modo diximus, ex consensu litigantium, vel etiam judicis auctoritate posse rem deponi apud debitorem, vel creditorem (§. 1304.). Quod si ille, qui rem bona fide comparaverat, per simplicitatem, atque rusticitatem sequestrum rei suae se fieri passus sit, non ideo illius dominium amittit (1); quod enim traditur, neque pignus, neque depositum rei suae consistere (2), praeterquamquod efficere non potest, ut quis re sua, maxime si ignorantia lapsus sit, privetur, sed potius, ne depositum valeat (3), ad voluntarium depositum pertinet, in quo solius deponentis utilitas versatur; non ad sequestrarium, quod servari creditoris quoque interest (d. §. 1304.)

(1) *Fab. cod. de deposit. lib.* 4. *tit.* 25. *def.* 1. *in princ.*

(2) *L. Neque pignus* 45. *ff. de regul. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Qui rem* 15., *l. Bona fides* 31. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1309.

Si litigantes in sequestrationem sponte conveniant, res extra difficultatem posita est: sed si debitor, et creditor dissentiant, generatim vetitum, ne judicium a seque-

stratione incipiat, atque, ut prius debitor convincatur; quo praestito, pecunia sequestro deponatur, si moram in solvendo faciet: ita sane postulant tum aequitas, tum juris ratio (1); neque enim dominus rei suae usu privandus est, priusquam de debito appareat.

Inst. l. 3. tit. 15
ff. l. 16. tit. 3.
Cod. l. 4. tit. 34.

(1) *L. unic. cod. hoc tit.*

§. 1310.

Hinc duo usu fori necessaria sunt, ut judex sequestrationem decernere possit. 1. Ut summarie saltem constet de jure petentis. 2. Ut agens caveat de omni damno, quod rei dominus inde pati potest, et injuria (1): ita nempe consulitur indemnitati, atque existimationi ejus, cujus bona apud sequestrem deponuntur: et simul monetur actor, ne absque gravi, et legitima caussa sequestrationem postulet.

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 29. §. 1., *et* 6.

§. 1311.

Lite autem pendente, potest decerni sequestratio, si debitor sit pravae existimationis, fugae, aut dilapidationis suspectus; aut si re litigiosa male utatur: dummodo summatim constet de debito, atque concludenter de suspicione dilapidationis (1): quo casu fructuum tum naturalium, tum civilium, et industrialium sequestratio decerni potest (2); si tamen creditor habeat jus in re, quidam putant, suspicionem dilapidationis necessario non esse probandam (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 2., *Ab-Ecclesia observation. forens. part.* 1. *observat.* 201. *num.* 2.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 2. *in fin.*

(3) *Ab-Ecclesia dict. observation.* 201. *num.* 4.

§. 1312.

Facilius utique sequestratio permittitur post sententiam, atque in illius executionem, non tantum, si ab ea nequeat appellari; quo casu per satisdationem non revocatur (1): sed etiam, si justa subsit caussa, quamvis a sententia provocare liceat; quo tamen casu revocatio per satisdationem obtinetur (2): quod si instrumento, vel scriptura expresse conventum fuerit, ut favore debitoris sequestratio fiat, debitor conqueri non potest, si juxta placitum bona sua pignoris jure capiantur (3).

(1) *Reg. Constitution. lib.* 3. *tit.* 29. §. 12.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 13.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 14.

§. 1313.

Si quaeratur, utrum debitor in judicium vocandus sit, antequam sequestratio jubeatur, respondet Faber, Senatum Sabaudum plerumque de sequestratione non decernere, etiamsi agatur de instrumento authentico, nisi prius vocato creditore (1): praeterquamsi aequitas aliud suadeat; puta periculum sit in mora, nec debitor satisdare velit (2): hinc sentit Ab-Ecclesia, citationem necessariam non esse, si contra aliquem decernatur sequestratio rei mobilis, vel semoventis; ne debitor citatus instruatur ad fugam, dummodo de fugae suspicione prius edoceatur (3): aliud proinde affirmandum, si agatur de re immobili, quae transferri non potest in alium locum; nisi timeatur dilapidatio (4). Satisdationem, vel cautionem juratoriam, parte neutiquam citata, praestari regio jure cavetur (5), ne pars ad fructuum, vel aliorum mobilium transfugationem instruatur (6). Quare res haec a prudentis arbitrio judicis pendet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib.* 4. *tit.* 3. *definit.* 6. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 6. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

(3) *Ab-Eccles. dict. observat.* 201. *num.* 2.

(4) *Ab-Eccles. ibid. num.* 3.

Inst. l. 3. tit. 15. ll. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

(5) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 6. *in fin.*

(6) *Ab-Eccles. ibid. num.* 6. *in fin.*

§. 1314.

Satisdatio de damno, et injuria ab eo, qui sequestrationem petit, desideratur, vel saltem cautio juratoria; nempe si agens idoneos fidejussores invenire possit, satisdatio omnino necessaria est; cum cautio juratoria illis tantum permittatur, qui vere pauperes sunt, nec fidejussorem dare possunt; atque, nisi ad hanc admittantur, futurum est, ut consequi nequeant, quod ipsis debetur (1).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 8.

§. 1315.

Immo quidam sunt ab onere praestandae satisdationis, vel juratoriae cautionis immunes: nimirum collectores talearum, seu tributorum, si pignoris jure capi postulent fructus bonorum, ex quibus tributa solvantur, creditores canonum, et pretii, seu pensionis locationis pro mobilibus, quae in praedio urbano existunt, aut fructibus redactis ex praediis emphyteuticis, vel locatis: atque generatim creditores omnes, qui speciale quoddam jus habent, aut privilegium in re pignoris jure apud sequestrem deponenda (1).

(1) *Reg. Constit. d. l.* 3. *tit.* 29. §. 7. *V. Ab-Eccles. observat. forens. par.* 1. *d. observat.* 201. *num.* 7., *et* 8.

§. 1316.

Facilius, quam sequestratio, permittitur simplex descriptio bonorum debitoris, vel fructuum; quia descriptio haec non aufert debitori liberam de rebus suis disponendi facultatem, utpotequae eo tantum consilio fiat, ut facilius constet, et probari possit, quid in bonis debitoris reperitur, et debitoris dolus coercetur (1). Quia tamen descriptio bonorum vix est sine dedecore debitoris, potissimum si describantur etiam bona, quae clausa in arcis servantur; atque ejusdem interesse potest, ne omne patrimonium suum pandatur, idcirco judex cavere debet, ne perperam, et sine justa aliqua, nec non gravi caussa bona describi decernat (2); nec non omni cautela adhibita, prout mox dicturi sumus.

(1) *Ab-Ecclesia observation. forens. part.* 1. *observat.* 202. *num.* 1.

(2) *Ab-Ecclesia ibid. num.* 2.

§. 1317.

Hinc, cum donatarius universorum bonorum, qui donationis tamquam per vim, et dolum extortae controversiam patiebatur, postularet, ut lite pendente, instrumenta omnia ad res donatas pertinentia in domo procuratoris ad lites donatoris perquirerentur, describerentur, et sequestrarentur, et quidem inaudito adversario (1), Senatus ita rem temperandam censuit, ut donatoris procurator, mulcta etiam indicta, juberetur, exhibere instrumenta omnia, quae penes se haberet; non adversario, seu donatario, sed Senatori ad id electo; qui omnia utique inspiceret; sed ea tantum, quae ad res donatas pertinerent, apud aedituum sacrarii Senatorii seponeret; et deinceps donator vocaretur, novae petitioni responsurus; postremo caussa cognita decerneretur, quid de iis instrumentis, lite principali pendente, fieri oporteret (2), atque ita utriusque partis indemnitati, et securitati consultum fuit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib.* 4. *tit.* 3. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *Fab. dict. definit.* 1. *num.* 13., *et seqq. in corp.*

§. 1318.

Sequestrationis quandam imaginem habet judicis decretum, quo prohibeat, ne debitor solvat suo creditori, sed pecuniam debitam penes se servet, donec aliter statutum fuerit, sub poena iteratae solutionis; haec nimirum prohibitio fit instante cre-

ditore creditoris (1): atque, licet facilius concedatur, quam sequestratio, attamen praeviam requirit caussae cognitionem, et fugae in debitore, vel dilapidationis suspicionem (2), aut saltem aliquod extrinsecum periculum, puta ex caussa belli (3); cum debitor impediatur, ne rebus suis uti possit ad proprias necessitates sublevandas; non tamen desideratur a creditore cautio de damno, et injuria (4).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

(1) *Ab-Ecclesia d. observation.* 202. *num.* 3. *V. Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib.* 4. *tit.* 3. *definit.* 7.

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 4.

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 5.

(4) *Ab-Eccles. d. num.* 5.

§. 1319.

Facta prohibitione solvendi, non dubium, quominus debitor parere teneatur: quinimmo aliqui sentiunt (1), sufficere denunciationem extra judicium factam a creditore coram testibus debitori, ne solvat, quod debet suo creditori (2).

(1) *Ab-Eccles. dict. observat.* 202. *num.* 6.

(2) *Argum. l. Haeres, cum debuerat* 21. *in fin. ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.)

§. 1320.

Sed duplex est discrimen inter denunciationem, seu prohibitionem judicialem, atque extrajudicialem. Cum judicis auctoritate prohibetur debitor, ne creditori suo solvat, caussam hujus prohibitionis debitori notam facere necesse non est; judicis praeceptioni parendum (1): quod si privata creditoris voluntate fiat denunciatio, creditor illius caussam exprimere debet, atque instrumentum sui crediti illi legere, vel copiam dimittere (2).

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 202. *num.* 5. *in fin.*

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 7.

§. 1321.

Praeterea, si prohibitio solvendi facta fuerit privatim a creditore coram testibus, secundo creditore, seu illo, cui debitor solvere prohibitus fuit, cautionem offerente, cessat prohibitionis vis, atque debitor cogitur suo debitori solvere: secus, si judicialis denunciatio secuta sit (1): quod si creditor hypothecam habeat in nomine debitoris, satisdatio non sufficit ad tollendam solvendi prohibitionem, sed solutio necessaria est (2); ut enim tritum fert juris axioma, plus cautionis in re est, quam in persona (3).

(1) *Ab-Eccles. d. observation.* 202. *num.* 8.

(2) *Ab-Eccles. d. num.* 8. *in fin.* ✠

(3) *L. Plus cautionis* 25. *ff. de regul. jur.* (50. 17.)

§. 1322.

Quod pertinet ad sequestrationis effectus, certum est, nullam tunc nasci praelationem creditori in bonis sequestro depositis, nec ullum jus speciale contra creditorem, qui bona creditoris obligata habeat, sed tantum pleniorem debiti cautionem, tametsi agatur de exactore tallearum (1): ex quo, et potiori quidem ratione, sequitur, bona apud sequestrem constituta non posse a creditore alienari (2); nec enim sequestratio jus dominii tribuit.

(1) *Ab-Eccles. observat.* 201. *num.* 10. ✠

(2) *Argum. l. Cum in caussa* 2. *cod. si in causs. judicat. pign. capt. sit.* (8. 23.)

§. 1323.

Illud vulgo in praxi receptum tradit Voet, sequestros durante sequestratione praediorum, quibus jurisdictio patrimonialis, vel jus patronatus cohaeret, posse utrumque jus exercere, beneficia Ecclesiastica, vel munera civilia secundum jurisdictionis ampli-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

tudinem conferre (1): atque nititur auctoritate Innocenti III Summi Pontificis, decernentis, ut, si illi, ad quos spectat electio beneficiorum, Praelatum cathedralis, vel regularis Ecclesiae eligere negligant ultra tres menses, ad superiorem jus electionis devolvatur (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. de deposit. lib.* 16. *tit.* 3. *num.* 13.

(2) *Cap. Ne pro defectu* 41. *extra Decret. Greg. de election., et elect. potestat.* (1. 6.)

§. 1324.

Verum, praecisa consuetudine (quae facilius induci, et recipi potuit quoad beneficia apud Hollandos, qui tum Summo Pontifici, tum Episcopis subesse detrectant), dicendum, litigantes in eligendum communi voto consentire debere, ut ita omnis controversiae caussa tollatur: alioquin jus conferendi ad superiorem devolvitur (1).

(1) *Cap. Quoniam in quibusdam* 3. *extra Decret. Greg. de jur. patronat.* (3. 38.)

§. 1325.

Quaerunt pragmatici, an per sequestrationem prorogetur jurisdictio judicis, qui eandem praecipit: puta si pignore capta fuerint bona mobilia, vel semoventia forensis, qui per territorium transierit. Quidam negant; in praxi tamen aliter servatur: nimirum facto sequestro odio forensis, etiamsi hic postulet remitti ad suum judicem, non tamen auditur, sed coram judice, cujus mandato sequestratio facta fuit, respondere cogitur, ne creditor nimis gravetur expensis ad jura sua prosequenda coram alio judice (1).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *d. observat.* 201. *num.* 11.

§. 1326.

Non tantum res mobiles, sed etiam semoventes, videlicet animalia, atque immobiles pignore capi possunt, seu sequestrari; sive debitum sit instrumentale, ut ajunt, sive non (1): immobiles autem tum praecipue sequestris custodiae creduntur, cum justa subest timoris caussa, ne litigantes ad arma prosiliant (2): quo etiam casu, si ita suadeant rerum, et personarum adjuncta, possessio reducitur ad manus judicis, vel Magistratus, ut ita facilius in officio contineantur litigantes (3).

(1) *Ab-Eccles. observat.* 200. *num. ult.* ✠

(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 29. §. 3.

(3) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *observat.* 220. *num.* 4. ✠

§. 1327.

Non tamen res omnes mobiles, atque semoventes indiscriminatim sequestro deponi permittuntur; atque hic generalis regula apud nos praescribitur, neutiquam concedendam esse sequestrationem earum rerum, in quibus vel Regiis sanctionibus, vel jure communi executio fieri prohibetur; praeterquamsi in subsidium haec bona capiantur (1): porro inter res generatim capi prohibitas, nisi alia desint, continentur, quae ad victum, et vestitum moderatum debitoris necessariae sunt (2): animalia, atque instrumenta praediorum, vel artis; tum quibus sublatis deterior fieret fundus, vel deformaretur (3).

(1) *Reg. Constitution. lib.* 3. *tit.* 29. §. 9.

(2) *Reg. Constitution. lib.* 3. *tit.* 32. §. 16.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 17.

§. 1328.

Exceptio quoad animalia, atque instrumenta ad agros colendos destinata admittitur favore creditoris, qui eadem vendiderit; vel qui pecuniam mutuo dederit, ex quibus eadem compararentur, ita ut pignoris jure capi possint (1). Sane conditio utriusque creditoris speciali favore digna est, cum ex re utriusque profecta sint haec bona ad debitorem.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. 10.

§. 1329.

Instrumenta quoque, et scripturae, ut supra innuimus (§. 1317.), sequestro deponi possunt, si justa subsit caussa, atque creditoris indemnitas ita postulet. Quare, cum mater post tutelam filii sui impuberis gestam ad secunda vota convolasset, minime restitutis instrumentis pupillaribus, quae constabat ad eam pervenisse; postmodum in domo vitrici decessisset, pronunciavit Sabaudus Senatus, justum esse desiderium filii petentis, ut quaecumque instrumenta in vitrici domibus reperirentur, obsignatis arcis in tuto collocarentur, deinde seponerentur, et restituerentur, quae ad tutelae caussam pertinerent (1); imputandum enim erat matri, cur iterum nupsisset, neutiquam restitutis omnibus instrumentis pupillaribus (2); et vitrico, cur eam prius duxisset, quam hujusmodi onus implesset (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib. 4. tit. 3. defin. 4. in princip.*

(2) *L. Omnem matri 6. cod. ad Senat. Consult. Tertullian.* (6. 56.)

(3) *L. Si mater 6. cod. in quibus caus. pign., vel hypothec. etc.* (8. 15.)

§. 1330.

Ut autem vitrico simul consuleretur, nec perperam cogeretur secreta omnia sui patrimonii pandere, decretum est, ne alii, praeterquam senatori in id delegato, facultas esset legendi, atque inspiciendi instrumenta (1). An vero, et quousque beneficia vacantia olim apud Sabaudos sequestrationi subjicerentur; et quatenus ab ea liberarentur, disputat Faber (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 3. d. def. 4. num. 1. in corp.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin. 3.*

§. 1331.

Jam innuimus (§. 1312.), satisdatione a debitore praestita, sequestrationem impediri, immo et revocari posse (1); quia per satisdationem consulitur indemnitati creditoris: sed cautio haec praestari debet vocata, et audita parte, cujus interest (2); cum in revocatione sequestrationis non sit periculum in mora, sicut in concessione (3): quod servandum tradit Faber, licet agatur de executione judicati, atque victor eam tolli petat per modum provisionis, ut ajunt (4). Hinc suadet judici, ut, quando sequestrationem permittit, exceptionem subjiciat, nisi adversarius satisdare paratus sit (5).

(1) *L. Si fidejussor 7. §. ult. ff. qui satisdar. cogant.* (2. 8.), *Ab-Eccles. observat. forens. part. 1. observat. 201. num. 11., Reg. Constit. lib. 3. tit. 29. §. 5.*

(2) *L. De unoquoque 47. ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *Ab-Eccles. d. observat. 201. num. 12. ✠, Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib. 4. tit. 3. defin. 5. in princip.*

(4) *Fab. d. definit. 5. num. 2. in corp.*

(5) *Fab. d. definit. 5. allegat. 5.*

§. 1332.

Exceptiones huic jurisprudentiae de revocatione sequestrationis per satisdationem plures admittuntur. Imprimis, cum a sententia, in cujus executionem sequestratio bonorum debitoris facta fuit, appellare non licet (1); etenim, lata sententia, quae paratam executionem habet, debitori nulla superest exceptio, qua se a solutionis onere liberet; adeoque solvere vere debet, non de solvendo cavere: interim vero, dum est in mora solvendi, jure non postulat, res suas sibi restitui.

(1) *Reg. Constitution. lib. 3. tit. 29. §. 12., Ab-Eccles. dict. observation. 201. num. 16.*

§. 1333.

Nec etiam satisdatione tollitur sequestratio in beneficialibus (1), si sequestratio facta fuerit, ne litigantes ad arma veniant: vel virtute instrumenti habentis executionem paratam; quia in hoc casu solvendum est, non satisdandum (2): multo minus si, in-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

stante exactore tributorum, sequestro depositi sint fructus bonorum (3), vel si ille, quo instante facta fuit sequestratio, habeat jus in re (4); non enim jure conqueritur in hoc casu debitor, cum non privetur re, cujus plene dominus, et arbiter sit.

(1) *V. Clementin. unic. extra Clemen. de sequestr. possess., et fructib.* (2. 6.), *Ab-Eccles. d. observat.* 201. *num.* 16.

(2) *Ab-Eccles. dict. num.* 16. *in med.*

(3) *Ab-Eccles. d. num.* 16. *in fin.*

(4) *Ab-Eccles. d. num.* 16. *prop. fin.*

§. 1334.

Satisdatio ad impediendam sequestrationem duo complectitur, quae reus promittere debet sub cautione: 1. Se judicio stiturum: 2. Judicatum soluturum (1): nec ex usu fori, si quibusdam credimus, necesse est, ut caveat, se rem, quae sequestrari petitur, alio non exportaturum (2); cum enim creditor jus in hac re non habeat, atque per idoneam satisdationem ejus indemnitati satis consulatur, frustra postulat, rem de loco in locum non transferri.

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 201. *num.* 14.

(2) *Ab-Eccles. d. num.* 14.

§. 1335.

Disputant pragmatici, utrum liceat provocare a sententia sequestrationis. Distinguit Ab-Ecclesia, utrum agatur de sola possessione, an de aliis caussis. In prima specie tradit, appellatione non fieri moram sequestrationi (1); quia nec conceditur appellatio, utique quoad effectum suspensivum in remediis possessoriis summariis (2); cum remedium sequestrationis provisionale, ut ajunt, sit ad evitanda scandala.

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 200. *num.* 5., 10., *et* 12.

(2) *Ab-Eccles. observat.* 194.

§. 1336.

In aliis vero caussis, quibus agitur judicio petitorio, appellatio permitti debet (1): quia generatim a legibus datur remedium appellationis etiam a sententiis interlocutoriis, quae in definitiva reparari possunt, et paratam executionem habere videntur (2): atque beneficium hoc multo magis patere debet in sequestratione, quae odiosa est, atque regulariter ante sententiam prohibetur (3).

(1) *Ab-Eccles. dict. observation.* 200. *num.* 14.

(2) *L. Intra utile* 39. *in princip. ff. de minorib.* (4. 4.)

(3) *L. unic. cod. hoc tit.*

§. 1337.

Quinimmo tradit Faber, posse appellari a sententia sequestrationis, si judex quid tale statuat, quod possessori eripiat commodum suae possessionis (1); quamvis licita non sit appellatio, si custodiae tantum caussa, atque, ut res in tuto sit, sequestratio jubeatur, nec possidenti sua auferatur possessio (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de prohibit. sequestration. pecun. lib.* 4. *tit.* 3. *defin.* 2. *num.* 2. *in corp.*

(2) *Fab. d. defin.* 2. *num.* 1. *in corp.*

§. 1338.

Fingamus, instrumenta censualia, quae in avorum Titii utilitatem, eorumque nomine confecta sunt, reperiri penes Sempronium, qui nunc sit in quasi possessione percipiendi census illos annuos. Si judex, postulante Titio, jubeat sequestro deponi ea instrumenta, ne alioquin occultentur, prout fieri facile potest, nec tamen Sempronium impediat, quominus reditus illos exigat, justa sequestratio est, nec ab ea provocari potest (1): sed, si debitores prohibeat, ne Sempronio solvant, spoliatio potius, quam sequestratio est: adeoque justa suppetit appellandi caussa (2); cum maxima sint commoda possessionis.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 3. *dict. definit.* 2. *num.* 3., *et* 4. *in corp.*

(2) *Fab. dict. definit.* 2. *num.* 5. *in corp.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 16. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 4.

§. 1339.

Superius diximus, sequestro deponi voluntate contrahentium, vel judicis auctoritate rem litigiosam, ut interim a sequestro, seu depositario custodiatur, atque, lite finita, victori restituatur (§. 1299.): cum autem sequestratio sub deposito, tamquam species sub genere, contineatur, duplex ex ea oritur actio, directa, et contraria: directa datur deponenti, seu potius victori adversus sequestrem, ut rem depositam restituat cum suis accessionibus, puta fructibus (1); et damnum, si quod ejus culpa lata contigerit, reficiat (2): contraria depositario competit, ut repetat impensas in re conservanda factas, et damnum, quod forte passus sit (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 29. §. 16.

(2) *L. Ei, apud quem* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*

(3) *L. Si in Asia* 12. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1340.

Quod si judicis auctoritate sequestratio secuta sit, non nisi ex illius mandato restituere debet depositarius: non autem potest se a praecepta restitutione liberare, allegando jura debitoris, cujus bona capta fuerunt (1); haec enim allegatio non ad sequestrem, sed ad debitorem pertinet, cum sequestri sola rei custodia detur (2); atque tutus ipse sit, dummodo judice praecipiente restituat (3).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *observat.* 126. *num.* 6. ✠

(2) *L. Licet* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 7.

§. 1341.

Sequester suo tempore rem penes se depositam restituere tenetur; non vero potest antea se liberare, nec apud alium deponere, saltem si a judice ipse electus fuerit (1); nisi ex eadem judicis auctoritate (2): quod si ex solo consensu litigantium rem custodiendam susceperit, neque sine justa caussa, nisi deponentes consentiant, licet ei ante tempus se a suscepto onere eximere (3): quemadmodum nec potest unus litigans, altero invito, mutare depositarii personam (4).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. d. part.* 1. *observat.* 125. *num. penult.*, *et ult.* ✠, *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*

(2) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *Ab-Eccles. d. observat.* 125. *num.* 14., *Reg. Constitut. d.* §. *ult.*

(4) *Ab-Eccles. ibid. num.* 13., *arg. d. l.* 35. *ff. de reg. jur.*

§. 1342.

Nihil porro interest, scite tradit Faber, atque consentit Ab-Ecclesia (1), quoad depositi judicialis restitutionem, an depositum re ipsa, et per traditionem contractum sit, an nuda confessione illius, qui se ultro depositarium constituit, et fidem de re deposita habuit (2): proinde condemnandus est, ut rem restituat, si possit, vel illius aestimationem solvat: ne alioquin impune judici illudat (3): neque alias objicere potest exceptiones, quam quae veris depositariis competunt (4).

(1) *Ab-Eccles. observat.* 125. *num.* 5., *ubi tradit ex praxi admitti hujus generis sequestrationem; ita ut sequester pro fidejussore habeatur.*

(2) *L. Publia Maevia* 26. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. de deposit. lib.* 4. *tit.* 25. *definit.* 2. *in princip.*, *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*

(3) *Fab. definit.* 2. *num.* 2. *in corp.*, *et num.* 4. *in allegat.* ✠

(4) *Fab. d. definit.* 2. *num.* 3. *in corp.*, *et d. allegat.* 4.

§. 1343.

Si tamen malit creditor agere adversus debitorem, quam contra eum, qui depositarium se falso asseruit, utique audiendus est (1): neque, si depositum hoc loco so-

Inst. l. 3. lutionis fuerit (§. 1265.), sistere debet cursum usurarum, aut fructuum acquisitionem
tit. 15. debitori parere; cum sola realis depositio, et obsignatio pecuniae debitae legitimo
ff. l. 16. modo facta solutionis jure habeatur (2): idem porro dicendum, si pecunia vere de-
tit. 3. posita fuerit, sed statim a depositario deponenti restituta; quia nec unquam deposita
Cod. l. 4 fuisse videtur (3).
tit. 4

(1) *Fab. cod. de deposit. lib. 4. tit. 25, d. defin. 2. num. 4., et seqq. in corp.*

(2) *L. Acceptam 19. cod. de usur.* (4. 32.), *Fab. d. definit. 2. num. 5. in corp.*

(3) *Argum. l. Si pro patre 10. §. Versum autem 6. ff. de in rem verso* (15. 3.), *Fab. d. def. 2. num. 6., et seqq. in corp.*

§. 1344.

An sequestri salarium dari debeat, non consentiunt interpretes, et pragmatici: plerique tamen affirmant, recte salarium peti, si a partibus electus fuerit, non autem, si judex propria auctoritate hoc illi onus injunxerit, nisi sequester inde damnum patiatur, vel cura rei depositae sit pretio aestimabilis (1): atque apud nos olim cautum fuit, ut salarium sequestri a judice constitui possit, si bona debitoris apud aliquem sequestro deponantur, cum onere colligendi fructus, vel exigendi credita, ut creditoribus satisfiat (2).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. part. 1. observat. 125. num. 12.*

(2) *Ab-Eccles. d. num. 13.*

§. 1345.

Si quaeratur, utrum quis cogi possit, ut sequester fiat, respondemus, cogi utique posse a judice, non vero a litigantibus (1). Cogi non potest a creditore, et debitore, sed a judice, cum nemo operam suam in aliorum utilitatem erogare teneatur, nisi superioris auctoritate.

(1) *Ab-Eccles. d. observat. 125. num. 7., et 8.*

§. 1346.

Contraria depositi, seu sequestrationis actio competit sequestri, ut impensas in rei utilitatem factas recipiat (1): tum ut restaurentur damna, quae ex re deposita, vel ejus occasione passus fuit (2): ne officium alterius gratia susceptum ipsi noxium sit (3): quinimmo propter impensas in rem factas praefertur creditoribus etiam tempore prioribus expressam hypothecam habentibus (4); quia pecunia sua salvam fecit pignoris caussam (5).

(1) *L. Actione 23. ff. hoc tit.*

(2) *L. Ei, apud quem 5. in fin. princ. ff. hoc tit. V. supra §. 1295., et seqq.*

(3) *L. Si servus communis 61. §. Quod vero 5. ff. de furtis* (47. 2.)

(4) *L. Interdum 5., et l. sequ. ff. qui potiores in pignor.* (20. 4.), *Ab-Eccles. d. observat. 125. num. 10.*

(5) *D. l. Hujus enim 6. ff. qui potior. etc.*

§. 1347.

Sequestrationis impensas ferendas esse a creditore, qui eamdem petit, olim placuit Senatui nostro (1): et merito; nam expensas solvere debet is, qui actum desiderat (2): utique post caussam cognitam, et sui favore definitam a debitore recepturus, quod solvit (3): atque hinc equus sequestratus, pendente lite, ali debet sumptibus illius, qui deponi petiit (4). Si tamen judex debitorem cavere jusserit sub poena sequestrationis, nec tamen caverit, atque ideo sequestratio sequatur, aequum est impensas a contumace debitore erogari (5).

(1) *Ab-Ecclesia observat. 201. num. ult.* ✠

(2) *L. Sed et si haereditas 11. §. 1. ff. ad exhibend.* (10. 4.)

(3) *Ab-Eccles. d. num. ult. in fin.*

(4) *D. l.* 11. §. 1. *in med.*, *Ab-Eccles. d. num. ult.*

(5) *Argum. l. Contumacia* 53. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

§. 1348.

Deposito sequestrario similis est in multis, ait Voet, solemnis, et judicis auctoritate facta obsignatio aedium, cubiculorum, cistarum, et similium (1): quo casu non licet creditori soli, aut debitori soli absque judicis imperio, resignare: si tamen consentiant omnes, quorum interest, judicis jussus necessarius non videtur (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 16. *tit.* 3. *num.* 16.

(2) *Argum. l. ult. ff. de his, quae in testament. delent.* (28. 4.)

§. 1349.

Unum hoc loco monendum postremo putamus: videlicet, facta prohibitione alienandi res immobiles, quae sequestrationi proprie non subjacent (1); facta inquam, hac prohibitione adversus eum, qui convenitur sive universali, sive particulari judicio, nulla est imposterum secuta alienatio (2); quia nec rem in bonis habere videntur, qui eamdem alienare prohibiti sunt, quemadmodum ex Juliano tradit Ulpianus (3).

(1) *Quamquam lato sensu etiam sequestrationis capacia sunt bona immobilia, ut superius diximus* §. 1326.

(2) *L. Si sciens* 26. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.), *Ab-Ecclesia observat. forens. part.* 1. *observat.* 202. *num.* 9., 10., *et* 11.

(3) *L. Julianus scribit* 10. *ff. de curator. furios.* (27. 10.)

§. 1350.

Difficilior est quaestio, an eumdem effectum pariat denunciatio extrajudicialis facta coram testibus, ne quis a debitore emat; haec utique denunciatio emptorem in mala fide constituere potest, si jure facta appareat (1), et fraudis quasi participem in creditorum dispendium (2): proinde revocandi potestas competere videtur creditoribus, si damnum inde patiantur (3).

(1) *L. Si fundum* 17. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

(2) *L. Ait praetor* 10. §. *Si quis particeps* 3. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

(3) *L.* 1., *et passim ff. eod. tit.*

TITULUS XI.

De pignoribus, et hypothecis.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligation., quae re contrahunt.*

Digest. lib. 20. tit. 1. } *De pignorib. et hypothec.*
Cod. lib. 8. tit. 14. }

SUMMARIA.

Pignus sumitur pro re, quae creditori obligatur, vel pro jure, quod creditori competit, vel pro contractu, quo creditori jus in re aliena constituitur. §. 1351., *et* 1352.

Pignus pertinet ad contractus, qui re perficiuntur: quamquam nudo consensu sine traditione iniri potest. §. 1353.

Quo pignus differat a caeteris contractibus, qui re perficiuntur? §. 1354.

Pignus ab hypotheca nominis tantum sono differt quoad actionem hypothecariam, seu quasi Servianam. §. 1355.

Pignus proprie dicitur, cum res creditori datur; hypotheca, cum res obligata manet penes debitorem. §. 1356.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

Actio pignoratitia longe differt ab hypothecaria. §. 1357.
Fiduciae nomine in pignore quid veteres significarent? §. 1358.
Pignus dividitur in conventionale, legale, praetorium, et judiciale. §. 1359.
Quae sint de pignoris, et hypothecae juribus speciatim explicanda? §. 1360.

§. 1351.

Pignus a pugno appellatum, si Gajo credimus, *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur* (1): *unde etiam videri potest*, subjicit Jureconsultus, *verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui* (2), triplicem in jure Romano significationem habet: etenim rem significat, quae creditori in securitatem obligatur (3), quo sensu dicitur pignus capi, vendi (4): aliquando usurpatur pro jure, quod in re obligata creditori competit (5): vel demum pro contractu, quo jus creditori in re aliena constituitur (6).

(1) *L. Plebs est* 238. §. *Pignus* 2. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)
(2) *D. l.* 238. §. 2. *in fin.*
(3) §. *Item Serviana* 7. *institut. de actionib.* (4. 6.)
(4) *L.* 1., *et passim cod. de distraction. pignor.* (8. 28.)
(5) *Ut patet ex titulis, qui potiores in pignore, et quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.*
(6) *L.* 1. §. *ultim. ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1352.

Priore sensu pignus nihil aliud est, quam res creditori in securitatem creditoris a debitore obligata: posteriore sensu recte definitur jus in re aliena creditori constitutum in securitatem debiti: postremo tandem, seu quo pignus sumitur pro contractu pignoris constituendi, definiri potest: contractus, quo debitor rem creditori obligat in securitatem debiti.

§. 1353.

Ex his patet, pignus referri ad contractus, qui re perficiuntur (1), cum sine re in securitatem creditoris obligata esse nequeat: non tamen necesse omnino est, ut res obligata creditori tradatur; sed sufficit nudus consensus, seu conventio, qua inter creditorem, et debitorem convenerit, ut res debitoris creditori obligata sit (2): quamquam perfectus undique non videtur contractus pignoris, si res tradita non fuerit creditori; quippequi alioquin ad eam restituendam non tenetur, prout fert pignoris natura (3).

(1) §. *ult. institut. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *in princip. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(3) *L.* 1. §. *Creditor. quoque* 6. *ff. de obligationib., et actionib.* (44. 7.)

§. 1354.

Pignoris contractus differt a caeteris, qui re perficiuntur, videlicet mutuo, commodato, et deposito: mutuo transfertur rei dominium, ita ut accipiens non eandem rem, sed aliam ejusdem speciei, et bonitatis restituere teneatur (1); per commodatum usus rei permittitur commodatario usque ad praefinitum tempus (2): in deposito sola custodia versatur (3): pignus vero eo tantum tendit, ut creditori magis cautum sit (4); cum plerumque plus cautionis in re sit, quam in persona (5).

(1) *Princip. institut. hoc tit.*
(2) §. *Item is* 2. *institut. hoc tit.*
(3) §. *Praeterea* 3. *institut. hoc tit.*
(4) §. *ult. institut. hoc tit.*
(5) *L. Plus cautionis* 25. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1355.

Sed hic statim a limine exurgit quaestio, an, et quatenus pignus ab hypotheca differat. Si Marciano credimus, *inter pignus, et hypothecam tantum nominis sonus*

differt (1): quod verum est, quantum attinet ad actionem hypothecariam, prout explicat Justinianus; cum haec tum ex pignore, tum ex hypotheca nascatur (2): *sed in aliis*, subjicit Imperator, *differentia est; nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori: maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione, nuda conventione, tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus* (3). Hactenus Justinianus.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 14.

(1) *L. Res Ipothecae* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Item Serviana* 7. *in med institut. de actionib.* (4. 6.)
(3) *D.* §. 7. *prop. fin.*

§. 1356.

Ergo quoad actionem hypothecariam nihil interest, an pignus constitutum, an hypotheca contracta sit, cum ex utroque nascatur: sed pignus proprie dicitur, cum res creditori datur: hypotheca, cum apud debitorem res obligata manet (1): quamquam latiore sensu pignus esse non desinit, licet nuda conventione contrahatur, nec possessio in creditorem transeat (2): ideo quidam distinguunt pignus in genere a pignore in specie; ita ut pignus in genere, seu generatim sumptum sub se contineat hypothecam, in specie vero ab ea differat.

(1) *D.* §. *Item Serviana* 7. *institut. de actionib.* (4. 6.), *l. Si rem alienam* 9. §. *Proprie* 2. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(2) *D. l.* 1. *ff. eod. tit.*

§. 1357.

Sane actio pignoratitia toto coelo, ut obiter dicamus, differt ab hypothecaria: pignoratitiae actionis nomine jureconsulti significant actionem personalem debitori potissimum tributam, ut, soluto debito, rem suam alteri obligatam recipiat (1); quamquam et creditori contraria datur ad repetendas impensas in rem pignoratam factas, et similia (2): hypothecaria vero in rem est, atque competit creditori ad pignus persequendum adversus quoscumque illius possessores (3): attamen hypothecaria actio pignoratitiae nomine interdum donatur (4).

(1) *D. l. Si rem alienam* 9. §. *Omnis pecunia* 3., *l. Debitor.* 40. §. 1. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(2) *L. Si quasi* 3., *l. Si necessarias* 8., *l. sequent. in princip. ff. eod. tit.*
(3) *L. Pignoris* 17. *ff. hoc tit.*, *et d.* §. *Item Serviana* 7. *instit. de actionib.* (4. 6.)
(4) *L. Rem alienam* 41. *ff. de pignorat. action.*, *l. Naturaliter* 13. *in fin. princip. ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

§. 1358.

A pignore differt etiam fiducia, ut species a genere: nimirum creditores, tutius suae indemnitati prospicere cupientes, pignus sibi mancipari, seu in se ipsos alienari jubebant: addito tamen contractu fiduciae, seu facta promissione restituendi, quoties pecunia solveretur. De hac porro fiducia apud veteres mentio saepe fit (1); licet Tribonianus in corpore juris vix eam commemoret.

(1) *Paul. receptar. sentent. lib.* 2. *tit.* 3. *in princip.*, *et seqq.*, *et lib.* 5. *tit.* 26.

§. 1359.

Pignoris diversae sunt species; nempe dividi solet in conventionale, legale, praetorium, judiciale, cui etiam addi potest testamentarium. Conventionale dicimus, quod ex libera contrahentium voluntate constituitur; legale, quod lex ipsa inducit, atque etiam tacitum vocatur (quamquam etiam pignus conventionale quandoque tacite contrahitur): puta pro dotis restitutione favore mulierum; praetorium est, quod praetor suo edicto, vel decreto; judiciale, quod judex, caussa cognita, constituit: testamentarium, quod testatoris dispositioni accepto fertur. Conventionale a quibusdam volun-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17. tarium nominatur, caetera necessaria; quippequae invito debitore vim suam habent. Addi potest divisio pignoris, seu hypothecae in generalem, et specialem.

§. 1360.

Hisce praemissis, de pignoris, et hypothecae juribus inquirendum est. 1. Quae res pignori dari possint. 2. Quae conditiones desiderentur in pignore constituendo. 3. Casus expendemus, in quibus pignus tacite contrahitur. 4. Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur. 5. Agemus de pignoris constituti effectibus. 6. Expendemus modos, quibus pignus, vel hypotheca solvitur. 7. Dicemus de pactis, que pignoribus adjici possunt, vel non. 8., et postremo de pignoratitia actione.

CAPUT I.

Quae res pignori, vel hypothecae dari possint.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 3. *Quae res pignor., vel hypothec. datae obligari non possunt.*
Cod. lib. 8. tit. 17. *Quae res pignor. obligar. poss., vel non etc.*

SUMMARIA.

Pignori dari possunt res omnes, quae sunt in commercio, nec alienari, aut obligari speciatim prohibentur. §. 1361.

Res sacrae, et religiosae pignoris vinculum non recipiunt. §. 1362.

Res in commercio positae mobiles, et immobiles, corporales, et incorporales pignori recte dantur. §. 1363.

An feuda pignori dare liceat? §. 1364.

Res litigiosas, et bona immobilia minorum absque justa caussa, et judicis decreto pignori dare non licet. §. 1365.

Boves aratorios, et instrumenta praedii rustici pignori sponte dare potest debitor: non in executionem judicati capere, nisi in subsidium. §. 1366., *et* 1367.

Grex, taberna, peculium, et similes rerum universitatis pignori dari permittuntur. §. 1368.

Pignoris accessiones, veluti fructus, eodem vinculo tenentur. §. 1369.

Alluvio, ususfructus proprietati consolidatus, insula accessionum in pignore jure censentur. §. 1370.

Mutatio rei, quae ad pristinam formam redigi possit, pignus non tollit. §. 1371.

Quid si tertius, exusta insula, aliam aedificaverit? §. 1372., *et* 1373.

Quid si ex rudi auro facta sint vasa, ex silva obligata navis extructa? §. 1374., *et* 1375.

Res subrogatae in locum obligatarum pignoris vinculo non tenentur. §. 1376.

Bona tum praesentia, tum futura pignori dare licet. §. 1377.

Hypotheca generalis bona etiam futura continet, licet expressa eorum mentio facta non sit. §. 1378.

Hypotheca legalis in hac re a conventionali non differt. §. 1379.

Oratio indefinita aequivalet universali. §. 1380.

Actiones, et nomina debitorum continentur sub generali omnium bonorum hypotheca. §. 1381.

Sub hypotheca universali non comprehenduntur, quae quis verosimiliter in specie non fuisset obligaturus, puta vestes, et similes. §. 1382.

Bona fideicommissaria non veniunt sub hypotheca omnium bonorum. §. 1383. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3 Cod. l. 8. tit. 17.

An liceat tum propria, tum haeredis bona pignori dare? §. 1384.

Bona haereditaria complectitur hypotheca universalis. §. 1385.

Res aliena ex tacito consensu domini pignori dari potest. Quibus indiciis tacitus consensus colligatur? §. 1386.

Pignus pignori dare licet. §. 1387.

Pignus rei alienae invito domino cur reprobetur, non venditio? §. 1388.

Communi re pignori data, sola debitoris pars obligata censetur. An fiscus speciali hic jure gaudeat? §. 1389.

An, re communi pignori tradita, deinceps inter socios divisa, pignoris jus utramque partem pro indiviso afficiat? §. 1390.

Pignus rei alienae ex ratihabitione domini convalescit. Quid si medio tempore jus alteri quaesitum sit? §. 1391.

Pignus rei alienae, cujus dominium debitor postea nactus sit, convalescit, si creditor rem alienam esse ignoraverit. §. 1392.

An idem jus sit, si creditor scivisset rem alienam esse, cum pignus constitutum fuit? §. 1393., *et* 1394.

Creditor, qui sciens rem alienam pignori acceperit, doli argui non potest. §. 1395.

Difficilius in jure non semper idem sonat, ac minime dari. §. 1396., *et* 1397.

Creditor, rem alienam pignori scienter accipiens, nullum ex dolo suo emolumentum percipit. §. 1398.

Explicatur responsum Affricani, quo contraria sententia firmari aliquibus videtur. §. 1399., *et* 1400.

Quid si debitor alienum praedium pure Titio obligaverit, tum Maevio sub conditione, si desierit Titio obligari? §. 1401., *ad* 1403.

Praetor creditorem per actionem Servianam tuetur, quemadmodum debitorem per Publicianam. §. 1404.

Proponitur quaestio, an pignus rei alienae convalescat, si dominus pignoris haeres debitori extiterit. §. 1405.

An Modestinus ad aequitatem respexerit, Paulus vero ad juris severitatem? §. 1406.

Haeres quilibet onera defuncti ferre tenetur. §. 1407.

An recipienda sit distinctio inter dominum simpliciter ignorantem, atque invitum, seu prohibentem? §. 1408., *et* 1409.

Pignus rei alienae convalescere non videtur, cum debitor haeres domino extitit, nisi dominus ab initio consenserit. §. 1410.

§. 1361.

Pignori generatim dari possunt res omnes, quae sunt in commercio, nec alienari, aut obligari speciatim prohibentur: unde scripsit Gajus, *id, quod emptionem, venditionemque recipit, etiam pignus recipere* (1): et magis apte Marcianus, eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipi non posse (2). Magis apte, dicimus, scripsisse Marcianum; etenim res aliena vendi potest (3): non tamen, domino invito, pignori (4): quamquam a veritate non abhorret regula a Gajo proposita; licet unam patiatur exceptionem.

(1) *L. Sed et quod* 9. §. 1. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Rem alienam* 28. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(4) *L. Quae praedium* 6. *cod. Si res alien. pignor. data sit* (8. 16.)

§. 1362.

Quia extra commercium sunt, non possunt pignori dari res sacrae, aut religiosae (1); nec liber homo (2); cum immo poenae adversus eos constitutae sint, qui filium-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17. familias a patre scientes pignori accipiant (3): nisi forte quis pecuniam dederit, ut alterum ab hoste redimeret; quo casu redemptus, donec pecuniam solutam restituerit, pignoris quodam jure apud Romanos tenebatur (4): quod tamen hodiernis moribus, servitute aboleta, non convenit.

(1) *L. Si monumento* 3. *cod. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui filios* 6. *cod. hoc tit.*

(4) *L. Ab hostibus* 2. *cod. de postlimin. revers.* (8. 51.), *l. Qui testamento* 20. §. 1. *in fin. ff. qui testament. facer.* (28. 1.)

§. 1363.

Res autem in commercio positae pignus recipiunt, cujuscumque generis sint, sive mobiles, sive immobiles, aut semoventes; sive corporales, sive incorporales: idest actiones, et nomina debitorum (1): jus ipsum pignoris, dum creditor pignus sibi traditum alteri eodem titulo dat (2): jus emphyteusis, et superficiei (3): ususfructus sive constituti, sive adhuc constituendi (4), servitutes praediorum saltem rusticorum (5); instrumenta quoque, quibus continentur emptiones agrorum; quo casu praedia ipsa pignori data intelliguntur (6).

(1) *L. Sed et quod* 9. §. 1., *l. Si convenerit* 18. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *l. Cum convenit* 20. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Nomen* 4. *cod. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *cod. Si pignus pignor.* (8. 24.)

(3) *L. Tutor* 16. §. *ult. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *l. Grege* 13. §. *Et in superficiariis* 3. *ff. de pignorib.*

(4) *L. Si is, qui* 11. §. *Ususfructus* 2. *ff. eod. tit. de pignorib.*

(5) *D. l.* 11. §. *ult., junct. l. seq.*

(6) *L. Cum constet.* 2. *cod. hoc tit.*

§. 1364.

Feuda, si ex consuetudinibus feudorum quaestio dijudicetur, pignoris dare non licet sine directi domini consensu (1): apud nos tamen feudorum omnium alienatio, atque hypotheca permittitur, ut constituatur dos filiabus Vassalli, vel aliis foeminis a primo feudi acquisitore descendentibus (2), si aliunde nihil habeant (3), non tamen ultra summam librarum quindecim millium (4): pro restitutione autem dotis usque ad quartam augmenti partem ususfructus jure recipiendam (5): ea etiam adjecta lege, ut prius a Principe facultas alienandi, vel obligandi feuda obtineatur (6).

(1) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 55. *de prohibit. feudi alienat.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 6. §. 1.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 3.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 2.

(5) *Reg. Constitut. ibid.* §. 4.

(6) *Reg. Constitut. ibid.* §. 5.

§. 1365.

Diximus, pignori dari posse res omnes, quae sunt in commercio, nisi speciatim prohibeantur (§. 1361.); quaedam enim sunt, singulari plane ratione, pignori tradi prohibita: veluti res litigiosae (1): bona immobilia pupillorum, et minorum sine decreto judicis, et justa caussa (2): quamquam doli exceptio competit, si pecunia in rem pupilli, vel minoris versa fuerit (3): mobilium obligatio facilius permittitur, dummodo in utilitatem pupilli vertatur (4).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *ult., et l. seq. ff. de reb. eorum, qui sub tutel.* (27. 9.)

(3) *L. Tutor* 16. *ff. de pignorat. action.* (13. 6.), *l. Si pupillorum* 7. §. *penult. ff. de reb. eor.*

(4) *D. l.* 16., *et* 7. §. *penult.*

§. 1366.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

Quod ad boves aratorios, et praedii rustici instrumenta pertinet, cautum quidem est, ne in executionem judiciati capiantur (1): nihil tamen vetat, quominus sponte pignori dentur a debitore; tum quia hoc nullo jure prohibitum apparet; tum quia prohibitio pignoris judicialis, licet publicam quoque caussam contineat, ne agrorum cultura deferatur; potissimum tamen respicit favorem agricultorum; proinde, si velint, beneficio pro se ipsis inducto renunciare possunt (2).

(1) *L. Exactores* 7., *l. Pignorum* 8., *et Auth. sequ. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 16. *in princip.*

(2) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pact.* (2. 3.), *Fab. cod. d. definit.* 16. *num.* 3. *in corp.*

§. 1367.

Ex his infert Faber, etiam in subsidium bona haec capi posse (1). Sane creditori succurri, ut jura sua consequatur, honestius est, quam debitori in necem creditoris. Quinimmo, praediis ipsis generatim obligatis, culturae quoque instrumenta, accessionis jure, pignoris vinculo teneri, respondit Scaevola (2): militum arma nec alienare, nec pignorari posse plerique seutiunt (3). Idem tradunt de stipendiis militum (4), nec non de stipendiis, quae ad militiam quasi castrensem pertinent (5).

(1) *L. A Divo Pio* 15. §. *In venditione* 2. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Fab. d. defin.* 16. *num.* 1. *in corp.*, *et num.* 2. *in allegat.*

(2) *L. Debitor pactus* 32. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(3) *L. Qui commeatus* 14. §. 1. *ff. de re militar.* (49. 16.)

(4) *L. Stipendia* 4. *cod. de execution. rei judicat.* (7. 53.)

(5) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 3. *num.* 2. *in med.*

§. 1368.

Non tantum res singulares, sed etiam rerum universitates pignori dare licet, veluti gregem, tabernam, peculium: quo casu praeter rem principalem ipsius quoque accessiones pignoris vinculo nexae intelliguntur: quare, grege obligato, agni, qui ex ovibus nascuntur, hypothecae subsunt (1): nec perit hypotheca, etiamsi oves omnes perierint, ex quibus grex primitus constabat, si aliae subrogatae sint: in his adhuc consistit (2); quia idem grex semper intelligitur (3): atque idem obtinet in taberna (4), et peculio (5).

(1) *L. Grege pignori* 13. *in princip. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *D. l.* 13. *in fin. princip.*

(3) *L. Grege legato* 21., *et l. seq. ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(4) *L. Cum tabernam* 34. *in princip. ff. de pignorib.*

(5) *Argum.* §. *Si peculium* 20. *institut. de legat.* (2. 20.)

§. 1369.

Cum ex generali juris regula accessiones principalis naturam sequantur (1), ea etiam quae singularibus rebus pignori obligatis accedunt, in creditoris securitatem obligata censentur: imprimis fructus (2); utique si extent, et res pignorata minoris valeat, quam debitum sit (3); si enim a tertio bonae fidei possessore percepti fuerint, restitui non debent (4): quod de fructibus, idem de partu ancillae Romanis placuit (5), si modo apud debitorem conceptus fuerit (6).

(1) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6. *Decret.*, *l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. eod. tit.* (50. 17.)

(2) *L. Quamvis fructus* 3. *cod. in quib. caus. pign.* (8. 15.)

(3) *L. Si fundus* 16. §. *Interdum. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(4) *L.* 1. §. *Cum praedium* 2. *ff. eod. tit.*

(5) *L. Fidejussor.* 26. §. *ult. ff. eod. tit.*

(6) *L. Paulus respondit* 29. §. 1. *ff. eod. tit.*, *l. Si convenerit* 18. §. *Si fundus* 2. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17

§. 1370.

Praeterea tamquam accessiones rei principalis pignoris vinculo tenentur, quae per alluvionem fundo pignorato accreverunt (1): nec non ususfructus proprietati consolidatus (2), insula ante fundum obligatum nata (3).

(1) *L. Si fundus* 16. *in princip. ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Si convenerit* 18. §. 1. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(2) *D. l.* 18. §. 1. *in princip.*

(3) *L. Item, si fundi* 9. §. *Huic vicinus* 4. *ff. de usufructu* (7. 1.), *junct.* §. *Insula* 22. *institut. de rer. division.* (2. 1.)

§. 1371.

Neque mutatio rei, saltem cum ad pristinam formam reduci potest, pignus tollit; immo quod adjectum est, pignoris jure tenetur: puta si de domo hortus factus sit, vel vineae in loco positae, aut aedificium superficiei impositum (1): si insula pignori tradita prius exusta, deinceps a domino restituta sit, idem jus creditori in ea competit (2).

(1) *L. Si fundus* 16. §. *Si res hypothecae* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *L. ult. ff. eod. tit.*

§. 1372.

Sed si exusta insula a tertio bonae fidei possessore reaedificata fuerit, jus quidem pignoris in solo manet, sed possessor non tenetur aedificium creditoribus restituere, nisi refusis sumptibus (1), sive restaurandi, sive conservandi, aut melioris efficiendi, vel defendendi pignoris caussa erogati sint (2): atque possessor interim retentionis jure utitur, nisi creditor satisdet pro hisce impensis, quae tam cito taxari nequeant (3).

(1) *L. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 19. *in princip.*

(2) *Fab. d. def.* 19. *num.* 1. *in corp.*

(3) *Fab. d. definit.* 19. *num.* 4., *et* 5. *in corp.*

§. 1373.

Ab hac quidem sententia alienus videtur Affiricanus, ajens, emptori insulae pignoratae non esse reddendas impensas, quas in illius refectionem erogaverit, ut pignoris persecutio competat (1): etenim jureconsultus, ut receptis aequitatis, et juris regulis consentiat, explicari potest vel de emptore malae fidei (2), vel intelligi de impensis, quae cum usu rei compensandae sint (3).

(1) *L. Cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damn. infect.* (39. 2.)

(2) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *d. def.* 19. *allegat.* 1.

(3) *Argum. l. Usufructu legato* 7. §. *Quoniam* 2. *ff. de usufructu* (7. 1.). *Voet in Pandect. de pignoribus lib.* 20. *tit.* 1. *num.* 4. *in fin.*

§. 1374.

Sed quid dicendum, si ex rudi auro pignori dato confecta sint vasa, ex silva obligata navis extructa fuerit? Haecne pignori adhuc tenentur? Non consentiunt in hac quaestione interpretes. Quidam putant, pignus omnino evanescere; quia extincta videatur res pignorata per novam formam: atque nituntur responso Pauli generatim asserentis, silva obligata, navem ex ea factam pignori non esse, nisi nominatim convenerit in constituendo pignore, ut eodem vinculo teneretur quidquid ex silva factum esset (1).

(1) *L. Si convenerit* 18. §. *Si quis* 3. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

§. 1375.

Alii distinguunt, utrum nova species in dominio debitoris sit, an extraneo quaesita. Si debitor novae speciei dominium retineat, prout contingit, quoties vel nova species ad pristinam rudem materiam reduci potest; vel nova species ab ipso, aut alio, sed ipsius voluntate facta est (1), pignus manere defendunt: quod cessare fatentur, cum

nova species facienti acquisita fuit. Sententia haec aequitati magis consonat; neque enim decet, creditoris jus imminui sine facto suo, cum res in eo statu est, ut ipsi securitatem praestare possit. Hac autem recepta sententia, Paulus (2) intelligi potest de eo casu, quo navis ex silva obligata ab extraneo facta sit, eique dominium quaesitum (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

(1) §. *Cum ex aliena* 25. *institut. de rer. division.* (2. 1.), *l. In omnibus* 24., *et duabus seqq. ff. de acquirend. rer. domin.* (41. 1.)

(2) *In d. l. Si convenerit* 18. §. *Si quis* 3. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

(3) *L. Sed si meis* 26. *ff. de acquirend. rer. dom.*

§. 1376.

Res in locum obligatarum subrogatas pignoris vinculo non teneri, apud omnes constat; apertissima enim sunt legum Romanarum scita, rem ex nummis pignoratis emptam non ob id pignoratam esse (1), nec praedia, quae emuntur ex fructuum pignorati fundi pretio, ad pignoris caussam venire (2): quinimmo nec pecuniam ex praedii pignorati venditione redactam (3); tum res ex pecunia pignorata comparatae, tum pecunia ex rebus pignori obligatis quaesita, diversa omnino sunt ab eo, quod pignori datum fuit.

(1) *L. Idemque est* 7. §. 1. *in fin. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(2) *L. Quamvis fructus* 3. *in fin. cod. in quib. causs. pign.* (8. 15.)

(3) *L.* 1. *ff. de distraction. pignor.* (20. 5.)

§. 1377.

Diximus de rebus singularibus, et rerum universitate, tum de earum accessionibus: sequitur investigandum, an omnia etiam omnino bona liceat pignoris titulo obligare, et quae in generalem hanc hypothecam veniant. Generalis bonorum omnium praesentium hypotheca apud Romanos semper permissa fuit: quod vero ad futura pertinet, non statim idem probatum fuisse, innuit Papinianus, ajens, conventionem generalem in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum receptam esse (1).

(1) *L.* 1. *in princip. ff. de pignoribus* (20. 1.)

§. 1378.

Sed quidquid sit de jure vetere, certum est, hodie non tantum probari conventionem, qua quis nominatim obliget omnia bona sua, tum praesentia, tum futura; sed etiam constitutum, ut, generatim obligatis bonis omnibus a debitore, futura quoque, licet expressa eorum mentio facta non sit, sub hac generali obligatione contineantur (1); utique proniores sunt leges ad liberandum, quam ad obligandum (2), attamen non creditoris dumtaxat, sed ipsius quoque debitoris gratia visum est ita interpretari conventionem, ut ad bona posterius quaesita porrigatur, quo facilius pecuniam inveniat.

(1) *L. ult. in fin. cod. hoc tit.*

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de oblig. et actionib.* (44. 7.), *l. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verborum obligat.* (45. 1.)

§. 1379.

Haec autem jurisprudentia obtinet tum in hypotheca conventionali (§ praeced.), tum in legali; ita ut, constituta per legum sanctionem alicujus favore hypotheca bonorum omnium debitoris, futura bona eodem pignoris nexu devincta judicentur (1): atque ita a Sabaudis Patribus, Fabro teste, definitum (2), nec immerito; cum eadem vigeat pro creditore ratio; nec debitor juste conqueri potest, cur creditoris indemnitati tutius consulant leges.

(1) *L. Si quis prioris* 8. §. *In illo etiam* 4. *versic. Patris quoque, in illis verbis*, quae habet, habiturusque est *cod. de secund. nupt.* (5. 9.)

(2) *Fab. cod. in quibus causs. pign. etc. lib.* 8. *tit.* 7. *definit. ult. num.* 11. *in corp.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

§. 1380.

Omnia porro bona sua obligasse intelligitur, qui indefinita oratione usus est, et simpliciter *bona sua*, *res suas*, *res ad se pertinentes* pignori subjecit; tametsi verbum universale *omnium*, *omnes* non adjecerit (1); tum quia indefinita locutio plerumque aequivalet universali (2) juxta philosophorum placita; tum quia alioquin inextricabilis oriretur difficultas; ut sciri posset, quae bona vinculo pignoris teneantur, nec ne.

(1) *D. l. ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Quidam haeredem* 7. *ff. de tritic., vin., vel oleo legat.* (33. 6.), *l. Nam quod* 14. §. *ult., et duab. seqq.*, *l. Si legatus* 30. §. 1. *ff. ad Senatus Consult. Trebell.* (36. 1.)

§. 1381.

Sed dubitari non inepte potest, utrum omnia omnino, et cujuscumque generis bona generali hypotheca contineantur. Res utique, ut ajunt, corporales, sive mobiles sint, sive immobiles, nisi singularis illorum natura aliud suadeat, nec non incorporales, quales sunt actiones, et nomina debitorum sub ea comprehendi, omnes probant (1); nam et jura appellatione honorum comprehenduntur (2); idem dicendum de mercibus, et de pecunia numerata (3), licet eadem ipsa sit, quae mutuo data fuit; cum per mutuum in debitoris dominium pervenerit (4). Sed jura, et nomina debitorum non veniunt sub hypotheca mobilium, vel immobilium (5); quia tertiam bonorum speciem constituunt.

(1) *L. Nomen* 4. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. in quib. causs. pign. etc. lib.* 8. *tit.* 7. *def.* 13. *num.* 12. *in corp.*

(2) *L. Bonorum* 49. *ff. de verborum significat.* (50. 16.)

(3) *L. penult. princ.*, *et* §. *ult. ff. de pignoribus* (20. 1.)

(4) *Princip. institut. hoc tit.*

(5) *Fab. d. def.* 13. *in fin.*

§. 1382.

Quaedam immo sunt ab hypotheca generali exempta: qua in re regula statuitur in jure Romano, sub hypotheca universali non contineri ea, quae quis speciatim obligaturus verisimiliter non fuisset (1): veluti necessariam supellectilem, vestes (2), et alia, quae ad usum quotidianum pertinent (3): moribus tamen plerarumque gentium haec quoque bona saltem in subsidium jure pignoris capi possunt (4). Feuda, cum et feudorum legibus (5), et jure Regio (6), alienari, et pignorari prohibeantur, nisi in quibusdam casibus (§. 1364.), sub hypotheca bonorum omnium non comprehenduntur.

(1) *L. Obligatione generali* 6. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *D. l.* 6. *in princ.*

(3) *L. Vel quae in usum* 7., *et l. sequ. ff. de pignoribus.*

(4) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 32. §. 16., *et* 17.

(5) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 8. §. *ult.*, *et* 55. *fere in princ.*

(6) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 6. §. 1., *et seqq.*

§. 1383.

Praeterea a generali pignoris vinculo immunia sunt bona restitutioni per fideicommissum obnoxia; quia haec, fideicommissi conditione existente, aliena potius sunt quam fiduciarii, atque aeris alieni loco (1): fructus utique interim a fiduciario haerede percepti, eique pleno dominii jure quaesiti ad pignoris caussam pertinent (2): eximuntur quoque bona alienari prohibita, puta a testatore (3), et quae creditore consentiente alienata sunt; licet deinceps in debitoris potestatem redierint (4); quatenus creditor jus suum abjecisse praesumitur, ita ut non nisi ex nova conventione reviviscere possit (5).

(1) *L. Irritum* 8. *prop. fin. cod. ad leg. Falcid.* (6. 50.)

(2) *Argum. l. Quamvis fructus* 3. *cod. in quib. causs. pign. etc.* (8. 15.), *V. supra* §. 1369.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

(3) *Thesaur. decis.* 193.; *ubi, cum testator prohibuisset, ne haeres bona haereditaria alienaret, vel obligaret sub poena privationis, ipse autem generalem contraxisset hypothecam, censuit Senatus, in poenam non incidisse, quia bona haec sub hypotheca generali non praesumerentur comprehensa.*

(4) *L. ult. cod. de remission. pignor.* (8. 26.)

(5) *D. l. ult. in fin.*, *l. Ob eam caussam* 9. *ff. de praescript. verb.* (19. 5.), *l. Qui res suas* 98. §. *Aream* 8. *ff. de solutionibus* (46. 3.)

§. 1384.

Haeredis bona pignoris vinculo non tenentur, licet omnia bona defuncti creditorum favore obligata fuerint; quia nunquam in dominio defuncti fuerunt (1): nisi debitor speciatim tum suas, tum res haeredis pignori dederit; quo casu utilis pignoratitia actio creditori datur (2) adversus haeredem, qui factum defuncti, ex cujus persona lucrum sentit, praestare debet (3).

(1) *L. Paulus respondit* 29. *in princ. ff. de pignorib.* (20. 1.), *Fab. cod. de bon. auctoritat. judic. possidend. lib.* 7. *tit.* 32. *def.* 15. *num.* 1. *in corp.*

(2) *L. Si Titio* 22. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Ex qua persona* 149. *ff. de regul. jur.*

§. 1385.

Quod si haeres bona sua generatim obligaverit creditoribus, non dubium, quominus ad haereditaria post quaesita pignoris jus favore creditorum protendatur; cum ex dictis (§. 1387.) bona futura, non secus ac praesentia, seu quae debitor tempore constitutae generalis hypothecae nondum possidebat, sub ea contineantur (1).

(1) *L. ult. in fin. cod. hoc tit.*

§. 1386.

Sequitur disputatio de re aliena, an pignori dari possit: atque hic imprimis distinguendum, utrum dominus consentiat, sive expresse, sive tacite, necne: tum an pure, an sub conditione pignus in re aliena constitutum sit. Domino consentiente res aliena pignori recte, licet pure, datur (1); immo ex ratihabitione convalescere potest (2); sufficit autem consensus tacitus; qualis censetur praestitus ab eo, qui scripserit instrumentum, in quo res illa creditori obligatur; vel ei subscripserit, utique non ignarus eorum, quae instrumento continentur (3): vel si quis fidejubeat pro eo, qui res suas jam pignori dederat (4). Idem dicendum, si, creditore ignorante, sed domino sciente, et callide dissimulante, res ipsius a non domino pignori tradita fuerit (5): vel si procurator sine domini voluntate rem pignori dederit, sed pecunia in rem domini versa sit (6).

(1) *L. Aliena res* 20. *in princip. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(2) *D. l.* 20. *in fin. princ.*

(3) *L. Fidejussor.* 26. §. 1. *ff. de pignoribus* (20. 1.)

(4) *L. Pomponius* 5. §. *ult. ff. in quibus causs. pign. etc.* (20. 2.)

(5) *L. Si probaveris* 2. *cod. si alien. res pignor. data sit* (8. 16.), *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *def.* 6.

(6) *L.* 1. *cod. eod. tit.*

§. 1387.

Valet quoque pignus rei alienae sub conditione, si debitoris facta fuerit (1): quare fructus nascituri ex fundo recte obligantur (2): et potiori ratione res debita, licet in debitoris potestatem nec dum venerit (3): pignus utique pignori dari posse jamdudum placuit (4).

(1) *L. Si fundus* 16. §. *Aliena res* 7. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *L.* 1. §. *Cum praedium* 2. *ff. eod. titul.*

(3) *L. Creditor* 3. §. 1. *ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

(4) *L. Grege pignori* 13. §. *Cum pignori* 2. *ff. de pignorib.*, *l.* 1. *cod. si pign. pignor. dat. sit* (8. 24.)

§. 1388.

Extra memoratos, vel similes casus pignus rei alienae domino invito non subsistit (1). Ideo autem venditio rei alienae valet (2), non pignus; quia venditor nullum emptori jus tribuit in re, sed tantum se obligat ad rem tradendam: quae obligatio sine dominio consistere potest, atque suum effectum habere, si deinceps res vendita venditori acquiratur: contra pignus necessario requirit, ut creditori jus in re pignorata constituatur (§. 1352.): constitui autem non potest alterius, quam domini voluntate.

(1) *L. Quae praedium* 6. *cod. si alien. res pign. data sit.* (8. 16.)

(2) *L. Rem alienam* 28. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 1389.

Hinc traditur, communi re pignori data, solam debitoris, non socii partem obligari (1): quamvis in socii utilitatem pecunia conversa sit, nisi socius expresse, vel tacite consentiat, prout consentire censetur, si debitum a socio sub pignore contractum deinceps scienter probet: non vero, si ipsius jussu pecunia socio credita fuerit (2). Neque fisci conditionem in hac re a ceteris secernendam putant interpretes; quia nullum in hac re speciale privilegium fisco tributum apparet; adeoque jure communi utitur (3); licet possit fiscus rem sibi cum alio communem in solidum distrahere (4), atque etiam vendere pignus anteriori creditori obligatum, ea utique lege, ut praecedentibus creditoribus satisfaciat (5): sed jura haec singularia ultra praefinitos limites extendi non debent (6): nec a diversis licet argumentari (7).

(1) *L.* 1. *cod. si commun. res pignor. data sit* (8. 21.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 11. *def.* 1. *in princip.*

(2) *Fab. d. def.* 1. *num.* 1., *et seqq. in corp.*

(3) *Argum. l. Non puto* 10. *ff. de jur. fisc.* (49. 14.)

(4) *L. Multum interest* 2. *cod. de commun. rer. alienat.* (4. 52), *l. unic. cod. de vendit. rer. fiscal.* (10. 4.), *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 10. §. 9.

(5) *L. Res, quae* 22. §. 1. *ff. de jur. fisc.*

(6) *L. Quod vero* 14., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.), *junct. d. l.* 10. *ff. de jur. fisci.*

(7) *L. Papinianus* 20. *ff. de minorib.* (4. 4)

§. 1390.

Quod autem Romanis prudentibus placuit, re communi pignori tradita, deinde inter socios divisa, pignoris jus adhuc utramque partem pro indiviso afficere (1), non omnes probant, atque contra judicatum referunt (2); quia inde pars socii non pignorantis deterior fieret, ipso invito contra aequitatem; nec pignoris jus creditori quaesitum obstare potest divisioni rei communis: facilius recipiendum, quod tradit Ulpianus, post rei totius adjudicationem uni socio factam, judicio communi dividundo, in tota re pro parte indivisa pignus manere (3): sane debitor impedire non potest, quin bona mobilia adhuc indivisa a creditore capiantur, et pro parte sua distrahantur (4).

(1) *L. Si consensit* 7. §. *ult. ff. quib. mod. pign.*, *vel hypothec. solvit.* (20. 6.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 3. *num.* 3. *in fin.*

(3) *L. Si quis putans* 6. §. *Si fundus* 8. *ff. commun. dividund.* (10. 3.)

(4) *Fab. cod. Si commun. res pignor. etc. lib.* 8. *tit.* 11. *definit.* 2.

§. 1391.

Pignus rei alienae, quod ab initio non constitit, ex ratihabitione domini postea convalescere, superius animadvertimus (§. 1386.); quia is est ratihabitionis effectus, ut ad negotii initium retrotrahatur in pignore (1), non secus ac in aliis casibus (2): nisi tamen medio tempore jus alteri quaesitum sit; puta eadem res a domino pignori tradita fuerit; quippe hic secundum generales juris regulas praeferendus esset (3).

(1) *L. Si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(2) *L. ult. cod. ad Senat. Consult. Macedonian.* (4. 28.)
(3) *L. Potior est* 11. *ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

§. 1392.

Cum quis rem alienam pignori dedit, postea ejusdem rei dominium consecutus est, pignus convalescere, si creditor rem alienam esse ignoraverit, fatentur omnes: apertissimi etenim sunt juris textus, non quidem directam, sed utilem ex aequitate pignoratitiam actionem creditori concedentes (1), sive ex contractu rei dominium ad debitorem pignorantem pervenerit (2), sive ex testamento (3); utraque acquirendi ratio plenum dominium parit.

(1) *L. Rem alienam* 41. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *l. Cum res* 5. *cod. si alien. res pignor. data sit.* (8. 16.)
(2) *D. l.* 41., *et d. l.* 5.
(3) *L. Item, si filiusfamilias* 7. §. *Sed et si* 2. *ff. de Senat. Consult. Macedon.* (14. 6.)

§. 1393.

Sed acriter contendunt interpretes, an idem dicendum sit, si creditor tempore constituti pignoris rem alienam esse sciret. Quidam negant, pignus couvalescere, tametsi debitor postea rei dominus fiat: atque pugnant tum ratione; quia aequitas non suadeat, ut creditori scienti per utilem actionem succurratur: tum auctoritate Ulpiani asserentis, *difficilius* creditori, qui non ignoravit alienam rem esse, quae pignori tradebatur, utilem actionem dari; sed *faciliorem* esse possidenti retentionem (1): porro *difficilius* ipsi interpretantur, perinde ac si dixisset jureconsultus, nequaquam dari actionem, sed dumtaxat retentionem.

(1) *L.* 1. *in princip. ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1394.

Placet aliis, creditori, licet rem alienam, quae pignori dabatur, scienti utilem actionem dandam ad pignoris persecutionem, si rei dominium deinceps acquirat debitor; atque certant etiam tum legibus, tum ratione. In primis, quod ad legum auctoritatem pertinet, generalis est tum Pauli (1), tum Diocletiani, et Maximiani sententia, nec ulla distinctio fit inter creditorem scientem, et ignorantem (2): proinde juxta receptum axioma nec nos distinguere debemus (3): potissimum cum unice agatur de indemnitate creditoris, cui aequum est succurri.

(1) *In d. l. Rem alienam* 41. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(2) *In d. l. Cum res* 5. *cod. si alien. res etc.* (8. 16.)
(3) *L. De pretio* 8. *ff. de Publician. in rem action.* (6. 2.)

§. 1395.

Ratio quoque, seu aequitas creditori favere videtur; licet enim ipsi quodammodo imputari possit, cur sciens rem alienam pignori acceperit, excusari tamen potest; quia forte sperabat, rem hanc in debitoris dominium perventuram; quo fieret, ut pignus convalesceret: nec debitor, etiamsi rem esse alienam prius ignoraret, justam habet conquerendi caussam, cur res pignoris vinculo postquam illius dominus factus est, teneatur; cum et ab initio voluerit, per ejusdem rei pignus creditoris securitati consulere; atque rem ab onere liberare pro arbitrio possit, debitam creditori pecuniam solvendo.

§. 1396.

Sed ajunt, qui contra sentiunt, creditori scienti ex Ulpiano *difficilius* datur actio (1); difficilius autem idem sonat in jure, ac minime dari (2): verum, praeterquamquod id, quod difficilius dari traditur in objectis legibus, aliquando conceditur (3); singularis adest ratio in quaestione, quam pertractamus, ne dicamus omnino denegari, quod *difficilius* datur; tum quia aliae leges sine distinctione pignus rei alienae confirmari

Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 20. tit. 3. Cod. l. 8 tit. 17.

docent (4); tum quia, cum idem Ulpianus retentionem creditori scienti concedat (5): retentio autem rei nec possit, nec debeat indulgeri, nisi creditor in eadem re jus habeat, atque usu fori actio dari soleat, quoties retentionem tribuunt Romanae leges, licet ex quadam subtilitate actionem denegent (6), omnino affirmandum, actionis quoque utilis beneficium creditori competere.

(1) *D. l. 1. in princip. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *L. 1. §. Deinde 9. ff. de postuland.* (3. 1.), *l. Nonnunquam 8. in fin. ff. de collation.* (37. 6.), *l. Venditi actio 6. cod. de actionib. empt.* (4. 49.)

(3) *V. d. l. 1. §. De qua autem 10. ff. de postul., l. 1. §. Si frater 10. ff. de collation., l. Ex empto 11. §. Si quis virginem 5. ff. de actionib. empti.* (19. 1.)

(4) *Dict. l. Rem alienam 41. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *dict. l. Cum res 5. cod. si alien. res etc.* (8. 16.)

(5) *D. l. 1. in fin. princip. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(6) *V. Tom. II. §. 660. pag. 162. et Tom. III. §. 618. pag. 160.*

§. 1397.

Igitur cum ait Ulpianus, difficilius dari actionem creditori rem esse alienam, quae pignori dabatur, scienti (1), nihil aliud significat, quam minus creditori scienti, quam ignoranti favere aequitatem: quamquam improbe resistit debitor; prout scite animadvertit Paulus, quominus utilis actio creditori detur ad pignus persequendum (2).

(1) *D. l. 1. in princip. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *D. l. Rem alienam 41. in fin. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

§. 1398.

Quod si quis objiciat, neminem ex improbitate sua lucrum referre debere (1), respondemus, lucrum, quod creditor pignoratitius sentit, non nasci ex suo dolo, quo sciens rem alienam pignori accepit, sed ex contractu cum debitore inito, et quo id unum continetur, ut creditor indemnitatem consequatur sine alterius dispendio, proinde nulla probabili ratione se defendere potest debitor, licet ipse rem, quam pignori dabat, alienam esse forte ignoraret: maxime cum in ipsius arbitrio sit pignus solvendo luere (§. 1395.)

(1) *L. Itaque 12. §. 1. ff. de furtis* (47. 2.), *l. Non fraudantur 134. §. 1. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1399.

Vix immorandum in explicando Affricani responso, quod in contrariae sententiae praesidium ab aliquibus afferri solet; fingit jureconsultus, praedium alienum imprimis a muliere pignori datum Titio, tum Maevio; deinde, cum mulier dominium praedii acquisivisset, illud marito aestimatum in dotem dedisse (1): tametsi pecunia Titio primo creditori soluta sit, pignus favore Maevii neutiquam convalescere tradit, utique si maritus bona fide praedium aestimatum in dotem acceperit, idest nesciens Maevio obligatum esse: atque rationem adjicit; quia praedium in bonis mulieris debitricis non fuit, neque cum Maevio obligabatur, neque cum Titius dimissus fuit; quia hoc postremo tempore jam traditum fuerat aestimatum marito, qui proinde illius dominiom consecutus erat, cum aestimatio emptionem, et venditionem faciat (2).

(1) *L. Qui balneum 9. §. ult. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

(2) *D. l. 9. §. ult., l. Plerumque interest 10. princip., et §. ult., l. Quoties 16. ff de jur. dot.* (23. 3.)

§. 1400.

Quia ratione possit ex hoc responso contraria sententia firmari, ingenue fateor, non intelligo. An ex eo, quod negat Affricanus, pignus convalescere favore Maevii? Sed joreconsultus non ait, Maevium rem alienam pignori traditam scivisse: immo, cum eodem modo de Titio, et Maevio verba faciat, Titio tamen prodesse tradat ad pignus

confirmandum, quod mulier praedii dominium postea comparaverit, utrumque ignorantem supponere videtur (1), vel si uterque sciens fingatur, contra sentientibus obest Affricani responsum: quamquam discriminis ratio inter jus Titii, et Maevii non apparet.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

(1) *D. l. Qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

§. 1401.

Ergo, ut susceptis in jure regulis consentiat Affricanus (1), intelligi debet, si quibusdam credimus (2) de muliere debitrice, quae Titio praedium alienum pure obligaverit, Maevio autem sub conditione, si desierit Titio obligari (3), (alioquin nulla afferri posset ratio, cur pignus, acquisito praedii dominio a muliere, convalesceret, favore Titii, non autem Maevii (4)): qua conditione posita, Maevio jus pignoris in praedio acquiri non potest, cum in mulieris debitricis dominio non sit eo tempore, quo Titius, pecunia soluta, dimittitur.

(1) *In dict. l. Qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 3. *num.* 4. *prop. fin.*

(3) *Juxta speciem a Marciano propositam in l. Creditor* 12. §. *a Titio* 8. *ff. eod. tit. qui potior. etc.*

(4) *Maevius utique nonnisi post Titium admittendus esset. L. Si non dominus* 14. *ff. eod tit.*

§. 1402.

Haec utique subtilius potius, quam vere dicta mihi videntur; licet enim ex hoc conditionali contractu pura obligatio non oriatur, attamen nascitur spes, quae invito creditori auferri non potest; cum immo stipulatio conditionalis ex praesenti vires accipere dicatur (1): adeoque permittendum non est mulieri, ut in dispendium Maevii praedium marito aestimatum in dotem tradat: vel si traditum sit, existente conditione seu pecunia Titio soluta (§. praeced.), pignus pro Maevio convalescere debet; eique salva esse pignoris persecutio adversus maritum, quippequod praedium cum suo onere in maritum transierit (2).

(1) *L. Ususfructus* 26. *in fin. ff. de stipulation. servor.* (45. 3.)

(2) *L. Si fundus* 16. §. *In vindicatione* 3., *l. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1403.

Ex his satis constat, Affricani responsum (1) neutri sententiae favere. Quo autem fundamento nitatur jureconsultus, pignoris persecutionem denegans Maevio, divinare non possum. Explicent, qui academicis studiis vacant: nobis, quibus potissimum in animo est investigare, quid in praxi servari debeat, diutius in hac quaestione immorari non licet, neque putamus, forensi jurisprudentiae damnum imminere, licet unum, aut alterum jureconsultorum responsum non assequamur.

(1) *In d. l. Qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)

§. 1404.

Quod si debitor, qui rem alienam pignori dedit, tamquam bonae fidei possessor, et quasi rem usuceperit, adversus alium infirmiore jure possidentem Publiciana (1) uti possit, praetor creditorem per actionem Servianam tuetur (2); quemadmodum debitorem per Publicianam (3).

(1) §. *Namque, si cui* 4. *instit. de actionib.* (4. 6.)

(2) *Actio Serviana, seu potius quasi Serviana ea est, qua creditores pignora, et hypothecas persequuntur.* §. *Item Serviana* 7. *instit. eod. tit.*

(3) *L. Si ab eo* 18. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1405.

Sequitur alia aeque difficilis quaestio, an pignus rei alienae convalescat, si illius dominus haeres debitori extiterit. Modestinus affirmat (1), negat Paulus (2): quae autem sit hujusce dissensus conciliandi ratio, non omnes consentiunt.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 17.

(1) *L. Si Titio* 22. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(2) *D. l. Rem alienam* 41. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

§. 1406.

Sunt, qui putant, Modestinum (1), inspecta aequitate ita respondisse, Paulum (2) ex juris rigore: sed male; nam et Paulus de utili pignoratitia actione, quae ex sola aequitate datur, apertissime agit. Alii sentiunt, creditori actionem pignoratitiam dari non ad rem ipsam, sed ad id, quod interest: verum Paulus actionem pignoratitiam generatim, et indistincte denegat: quo innuere videtur, nec creditorem ea uti posse ad consequendum, quod sua interest, rem alienam pignori sibi traditam fuisse.

(1) *Dict. l. Si Titio* 22. *ff. de pignorib.*
(2) *D. l. Rem alienam* 41. *ff. de pign. act.*

§. 1407.

His adde, non tantum rei dominum, qui debitori pignoranti haeres extiterit, erga creditorem teneri ad id, quod interest, sed et quemlibet alium; cum haeres sive legitimus, sive testamentarius non tantum in jura defuncti succedat (1), sed et onera ferre cogatur ejus (2), ex cujus persona lucrum sentit (3).

(1) *L. Haeredem* 59., *l. Haereditas* 62. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L. ult. ff. Si famil. furt. fecis. dicat.* (47. 6.)
(3) *L. Ex qua persona* 49. *ff. de reg. jur.*

§. 1408.

Postremo alii distinguunt inter rei dominum simpliciter ignorantem, atque invitum, seu prohibentem (1): itaut in primo casu utilis pignoratitia creditori detur, atque de eo interpretantur Modestinum (2); in altero denegetur; atque de hoc casu putant agere Paulum, qui commemorat rem alienam sine domini voluntate pignori traditam fuisse (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 3. *num.* 5. *in med.*
(2) *In d. l. Si Titio* 22. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(3) *D. l. Rem alienam* 41. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

§. 1409.

Distinctio haec aptari quidem potest Pauli, et Modestini responsis, sed difficultas est in discriminis ratione afferenda; si quaestio ex praesumpta ignorantis domini voluntate, et juris regulis dijudicetur, omnino affirmandum, non convalescere pignus; quia, etsi ignorans vere non dissentiat, attamen nec consentit: immo nec consensus in hac re praesumi potest; cum vix inveniatur, qui res suas per alium hypothecae subjici velit; juris autem regulae praescribunt quidem, ut haeres debita defuncti solvat: non vero per aditionem haereditatis confirmant actum a defuncto de re aliena gestum.

§. 1410.

Ergo convenientius alii existimant, pignus in proposita specie non convalescere, nisi rei dominus in id ab initio consenserit, prout innuit Paulus agens de pignore sine domini voluntate, idest domino non consentiente, constituto (1): atque fatentur a Paulo perperam dissentire Modestinum (2): quod si quis Modestinum Paulo conciliare velit, Modestinum intelligat de actione pignoratitia, sed lato sensu, quatenus haeres factum defuncti de re propria facilius praestare potest, atque ideo ad praestandum facilius cogitur.

(1) *D. l. Rem alienam* 41. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)
(2) *In d. l. Si Titio* 22. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

CAPUT II.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1 Cod. l. 8. tit. 14

Quae desiderentur conditiones, ut pignus recte constituatur.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 1. } *De pignorib., et hypothec.*
Cod. lib. 8. tit. 14. }

SUMMARIA.

Conditiones ad pignus constituendum necessariae instrinsecae sunt, vel extrinsecae. §. 1411.
Pignoris jus non nascitur, nisi ex consensu debitoris, et creditoris constitutum sit. §. 1412.
Pignoratitia obligatio plerumque sine principali subsistere non potest. §. 1413.
Pignus naturali etiam obligationi firmandae accedere potest, dummodo haec a jure non improbetur. §. 1414.
Pignus etiam pro usuris, et pro poena dari potest. §. 1415.
An pignus simpliciter datum tum sortem, tum usuras complectatur? §. 1416.
Pignus recte datur pro alieno debito. §. 1417.
Quid si pignus datum fuerit pro obligatione in diem, vel conditionali? §. 1418.
Solemnitates in pignore constituendo jure Romano nullae speciales praescriptae sunt. §. 1419.

§. 1411.

Conditiones ad pignus constituendum requisitae duplicis generis sunt, intrinsecae nimirum, et extrinsecae: intrinsecae ex pignoris ipsius natura profluunt; cum enim pignus eo consilio inductum sit, ut creditor facilius, et tutius consequatur, quod sibi debitum est, necessario praecedere debet obligatio, cui firmandae pignus accedat: extrinsecae vero conditiones pertinent ad solemnitates, quae vel communi, vel municipali jure praescribuntur, ut valeat pignoris constitutio: de utrisque summatim in hoc capite agendum est; et primo loco de intrinsecis.

§. 1412.

Vix monendum, pignoris jus non nasci, nisi debitor simul, et creditor de eo per se, vel per procuratorem convenerint (1): quare, si Titius procuratori mandaverit ut, mutuam pecuniam acciperet sub pignore, procurator autem pecuniam mutuo acceperit, non tamen obligatis bonis Titii, sed suis, creditori nulla actio competit in bona Titii (2): nisi forte creditori mandatum Titii perspectum fuisset, quo casu ejus fidem secutus videri posset (3).

(1) *L. Aristo Neratio* 3. *ff. quae res pignor.* (20. 3.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 3. *in princip.*
(3) *Argum. L Si litteras* 7. *codic, mandat.* (4. 35.), *Fab. d. definit.* 5. *allegat.* 1., 3., *et* 4.

§. 1413.

Igitur pignus, cum accessio sit principalis obligationis, sine ea subsistere plerumque non potest, prout fert accessionum natura (1): quo fundamento scripsit Triphoninus, eum, qui promisit Titio, aut Maevio pecuniam, cum tamen Maevius nonnisi solutionis caussa adjectus esset, posse, si pignus ei tradiderit, etiam ante solutionem repetere (2); quia nulla erga Maevium obligatione adstringitur (3).

(1) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *V. infra* §. 1417.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

(2) *L. Is, qui promisit* 33. *ff. hoc titul.*

(3) §. *Si quis alii* 4. *instit. de inutilib. stipulationib.* (3. 20.)

§. 1414.

Nihil porro interest, utrum obligatio, cui firmandae pignus accedit, mixta sit, seu naturalis simul, et civilis, an naturalis (1) tantum (2); dummodo haec obligatio a jure non improbetur (3): qualis est obligatio prodigi curatorem habentis, et sine eo contrahentis; quippequi furioso comparatur, cujus nullus intellectus est (4): mulieris contra Vellejanum fidejubentis, filiifamilias contra Macedonianum Senatusconsultum mutuam pecuniam accipientis (5).

(1) *De diversis obligationum speciebus diximus supra* §. 702., *et seqq.*

(2) *L. Res hypothecae* 5. *in fine princip. ff. hoc tit.*

(3) *L. Quaesitum est* 14. §. 1. *ff. hoc titul.*

(4) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integr. restitut.* (2. 22.)

(5) *L. Si alius* 2. *ff. quae res pignor.* (20. 3.)

§. 1415.

Non tantum pro sorte, sed etiam pro usuris, de quibus convenerit, et pro poenis, si quae promissa sit, pignus dari potest (1); dummodo usurae modum a legibus constitutum non excedant (2).

(1) *L. Grege pignori* 13. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Si necessarias* 8. §. *ult. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(2) *L. Centum Capuae* 8. *ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.), *l. Solutum* 11. §. *Si in sortem* 3. *ff. de pignorat. action.*

§. 1416.

Disputant interpretes, utrum pignus simpliciter datum non ad sortem dumtaxat sed et ad usuras extendatur. Aequior aliquibus videtur sententia affirmantium, hypothecam pro sorte extendi quidem ad id, quod interest, cum hoc favorabile sit, non vero ad usuras (1); tum quia usurae odiosae sint, adeoque non ita interpretatione adjuvandae, quemadmodum ipsa sors; tum quia usurarum obligatio diversa est ab obligatione sortis, nec una sub alia contineatur (2); tum denique, quia juri magis consentanea appareat (3); leges autem, quae objiciuntur (4), intelligendae sint de eo casu, quo pignus pro usuris specialiter devinctum fuerit: aliud tamen apud nos servatur (5).

(1) *Voet. in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 1. *num.* 18. *in fin.*

(2) *L. Ubi autem* 75. §. *Qui sortem* 9. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *V. supra* §. 1175.

(3) *V. l. Per retentionem* 4., *l. Pignoribus* 22. *cod. de usur.* (4. 32.)

(4) *L. Si necessarias* 8. §. *ult. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *l. Creditor.* 12. §. *Sciendum* 6., *l. Lucius* 18., *l. penult. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(5) *V. infra* §. 1561.

§. 1417.

Quemadmodum potest unusquisque pro alio solvere (1), ita et pro alieno debito pignus recte datur (2): quo etiam casu placuit, si culpa pignoranti possit imputari, pignus valere, licet principalis obligatio non subsistat: puta si tutor, vel curator rem immobilem minoris sine decreto alienaverit, atque pignus ex rebus propriis dederit (3).

(1) *Princip. institut. quib. mod. tollit. obligat.* (3. 30.)

(2) *L. Res hypothecae* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Etsi is* 9. *cod. de praed., et al. reb. minor.* (5. 71.)

§. 1418.

Pro debito quoque in diem, vel conditionali pignus dari potest (1): ita tamen, ut ante diem agi nequeat, nisi forte debitor de fuga suspectus sit (2): quod si conditio debito adjecta fuerit, interest, utrum obligationi, an pignori; in primo casu actio nulla

competit; in posteriore vero, quo solum pignus afficit conditio, potest judex, si legitima aliqua caussa suadeat, cautionem a debitore exigere (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

(1) *L. Res hypothecae 5. in princ. ff. hoc tit.*
(2) *L. Quaesitum est 14. ff. hoc tit.*
(3) *L. Grege pignori 13. §. Si sub conditione 5. ff. hoc tit.*

§. 1419.

Quod spectat conditiones pignoris extrinsecas, seu solemnitates in eo constituendo adhibendas, jure quidem Romano, nihil in hac re speciale cautum invenitur: nisi quod potior, licet tempore posterior, habetur in pignoris persecutione creditor, cui pignus publico instrumento constitutum fuerit, eo, qui scriptura tantum privata nitatur, tametsi temporis praerogativam pro se habeat; nisi privata hujusmodi scriptura trium saltem testium fide dignorum subscriptione munita sit (1). Sed nihil prohibet, quominus locorum statutis singulares quaedam solemnitates praescribantur (2).

(1) *L. Scripturas* 11. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)
(2) *V. Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 1. *num.* 9, 10., *et* 11.

CAPUT III.

De tacito conventionali, legali, praetorio, et judiciali pignore.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 2. } *In quib. causs. pign. etc.*
Cod. lib. 8. tit. 15. }

SUMMARIA.

Pignus tum expresse, tum tacite constitui potest: nec non legis, vel judicis auctoritate. §. 1420., *et* 1421.

§. 1420.

Pignus, seu hypothecam non expresse tantummodo, sed etiam tacite contrahi posse, superius innuimus (§. 1359.): tacite, inquam, vel ex tacita voluntate contrahentium, vel ex legis potestate; quod postremum pignoris genus legale congruentius appellatur, quam tacitum; cum lex ipsa illud inducat, sine ullo hominis facto; immo interdum pignus legis potestate ita constituitur, ut nec expressa contrahentium voluntate tolli possit, vel impediri; prout contingit in hypotheca minorum in bonis administratorum: et mulierum pro dotis securitate.

§. 1421.

Sed, quidquid sit de pignoris appellatione, in hoc capite expendemus praecipua pignorum aliter, quam expressa conventione constitutorum exempla: atque imprimis, quae nituntur tacita contrahentium voluntate, cujus eadem plerumque vis est, ac expressae: deinde agemus de pignore legali, seu, quod lex ipsa inducit: postremo de praetorio, et judiciali.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

Sectio I.

De pignore conventionali tacito.

SUMMARIA.

Tacite pignus constituitur ab eo, qui scripserit instrumentum, quo res sua pignori datur: vel facultatem tribuit creditori rem vendendi, si debitum suo tempore non solverit. §. 1422.

Quid si certa pecuniae quantitas super certo fundo solvenda imponatur? Quid si apposita sint haec verba: sub obligatione in forma, *et nihil amplius?* §. 1423.

Invecta, et illata in praedium urbanum pignori favore locatoris tacite obligata censentur. §. 1424.

Illata in praedium rusticum pignori pro pensionibus non tenentur: utique vero fructus. §. 1425.

Quid si praedia rustica nullos fructus ferant? §. 1426.

Invecta in praedium urbanum etiam favore primi conductoris pignori obligata sunt: non fructus praedii rustici. §. 1427., *et* 1428.

Fructus praedii rustici in totam pensionem a primo conductore promissam tenentur, licet secundus de minore convenerit. §. 1429., *et* 1430.

Locatoris jus deterius fieri non debet ex eo, quod conductor alteri praedium locaverit. §. 1431.

Quid si secundus conductor partem dumtaxat praedii relocaverit? §. 1432.

Invecta, et illata cujuscumque generis sint, pignori favore locatoris tenentur. §. 1433., *et* 1434.

Pupillorum, et minorum bona, nec non mobilia studiosorum eodem jure reguntur. §. 1435.

Quid si res alienae invectae, et illatae fuerint? §. 1436.

Illatio eo animo facta, ut res perpetuo in praedio sint, necessaria est ad tacitum pignus constituendum. §. 1437.

Merces in taberna existentes tempore solutionis obligatae intelliguntur. §. 1438., *et* 1439.

§. 1422.

Voluntas tacita, ut innuimus (§. 1419.), colligitur ex facto, quod pignus, seu pignoris constitutionem per se involvat: puta si quis scripserit instrumentum, quo res sua ab alio datur pignori, vel ei subscripserit, dummodo non ignarus eorum, quae instrumento continentur (1): tacite quoque judicatur convenisse de pignore debitor, qui creditori facultatem concessit certam rem vendendi, si debitum intra certum tempus solutum non fuerit (2): atque idem dicendum, si creditori potestas sit propria auctoritate ingrediendi bona debitoris (3); cum nullo alio jure creditor bonorum debitoris possessionem capere valeat.

(1) *V.* §. 1386., *ubi et alia retulimus exempla tacite inducti pignoris in re aliena.*

(2) *L. Creditor* 3. §. *ult. ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit.* 7. *in princip.*

(3) *Fab. d. definit.* 7. *num.* 4., 5., *et seqq. in corp.*

§. 1423.

Praeterea tacite obligata bona intelliguntur, si certa pecuniae quantitas super certo fundo solvenda imponatur: puta si donator omnium bonorum caverit, ut dotes filiarum suarum super iisdem bonis capi possint, bona pro dotibus obligasse censetur favore filiarum (1); neque enim dotes super certa re percipere liceret, nisi res haec pro iis-

dem esset obligata, fortiore potius, quam infirmiore pignoris vinculo. Quod si debitor post promissam solutionem adjiciat haec verba *sub obligatione in forma*, et nihil amplius, potius de reali, seu hypothecaria, quam personali obligatione sensisse praesumendus est, ut verba haec aliquid operentur (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

(1) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 13.

(2) *L. Si stipulatus* 4. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 1424.

Ad pignus tacita voluntate constitutum referunt Paulus (1), et Neratius (2), quod obtinet in invectis in praedium urbanum a conductore; cum haec locatori obligata intelligantur, tum pro pensionibus, tum pro expensis ad domum reficiendam necessariis, si hanc conductor culpa sua deteriorem fecerit (3): tacite autem consentire, seu potius non dissentire dici potest conductor, ut invecta, et illata in praedium urbanum pignori sint, quatenus actione locati haec petuntur, atque ex ipso contractu locationis, et conductionis descendunt: quamquam aliis placet, pignus hoc legale esse, non conventionale tacitum. Sed immorandum non putamus in quaestione hac, cum, exitu inspecto, nihil referat.

(1) *L. Item, quia* 4. *ff. de pact.* (2. 14.)

(2) *L. Eo jure* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Pomponius* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1425.

Non idem jus receptum fuit in rebus illatis in praedium rusticum; nec intelliguntur pignorata pro pensionibus, seu mercede, nisi nominatim ita convenerit (1): sed locatori prospectum est in fructibus praedii rustici, quos placuit tacite intelligi obligatos locatori pro mercede, etiamsi specialis conventio facta non fuerit (2); leges autem, quae tacitam hypothecam admittunt in rebus illatis in praedium rusticum ex *voluntate* contrahentium (3), voluntatis nomine expressam conventionem significant (4).

(1) *D. l. Eo jure* 4. *in fin. princip. ff. hoc tit.*, *l. Si non inducta* 5. *cod. hoc tit.*

(2) *L. In praediis* 7. *ff. hoc tit.*, *l. Quamvis fructus* 3. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Certi juris* 5. *cod. de locato* (4. 65.)

(4) *Argum. l. Pomponius* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. ult. cod. de novationib.* (8. 42.)

§. 1426.

Quia tamen quaedam sunt praedia rustica, non ferentia fructus, ex quibus locatori pro pensionibus prospectum sit, idcirco in his jus de praediis urbanis, seu de invectis et illatis tacito pignori subjiciendis admissum fuit; puta in stabulis (1), horreis diversoriis, et areis triturariis (2): atque hinc patet, pignora haec ex legum auctoritate descendere, non ex tacita voluntate contrahentium; legum, inquam, auctoritate, quae securitati locatoris prospicere voluerunt, concesso pignore vel fructuum (§. praeced.), vel rerum, quae in praedium inferuntur.

(1) *L. Eo jure* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si horreum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1427.

Non tantum favore locatoris, sed etiam primi conductoris bona in praedium urbanum, vel rusticum, quod fructus non ferat, a secundo conductore illata pignori obligata sunt, si primus conductor praedium alteri relocaverit, prout satis demonstrat Ulpianus, cum ait, secundum conductorem, qui domus partem a primo conduxit, posse locatori, seu domino solvere, ejusque bona invecta, et illata non teneri ultra summam, in quam domus partem conduxit (1).

(1) *L. Solutum* 11. §. *Solutam* 5. *ff. de pigneratit. act.* (13. 7.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

§. 1428.

Idem jus servatur in secundo conductore praedii rustici pro fructibus (1): nimirum locatori, seu domino pignoris vinculo fructus teneri, omnes consentiunt; non vero, an pro integra pensione, an pro parte tantum secundi conductoris. Quaestio haec duas sub se continet; vel enim quaeritur, an fructus a secundo conductore percepti pro integra pensione teneantur, licet is minori pensione conduxerit: vel quid dicendum, si partem tantummodo praedii rustici secundo condutori a primo relocata sit.

(1) *L. Si in lege* 24. §. 1. *ff. locati* (19. 2.)

§. 1429.

Quod ad primum quaestionis caput attinet, legibus, nec non rectae rationi magis consentaneum videtur, in totam pensionem a primo conductore promissam teneri fructus praedii rustici, licet secundus conductor de minori pensione cum primo convenerit. Imprimis Ulpianus, *fructus in caussa pignoris manere,* ait, *quemadmodum esset,* si primus colonus eos percepisset (1). Sane, si primus colonus fructus ex fundo percepisset, pro integra pensione, de qua cum domino pactus est, tenerentur: ergo et eidem oneri subjiciuntur, licet secundus conductor eos percipiat.

(1) *D. L. Si in lege* 24. §. 1. *ff. locati* (19. 2.)

§. 1430.

Probari quoque potest assertio haec exemplo venditionis: venditori licet rem totam retinere, donec integrum pretium solutum sit, licet secundus emptor eam viliori pretio comparaverit; alioquin, si totum pretium non offeratur, venditor, *quasi pignus*, rem venditam retinet (1): idem jus tribuitur venditori, si emptor decesserit pluribus relictis haeredibus (2): ergo et locator potest fructus jure pignoris servare, donec integram pensionem solvat secundus conductor.

(1) *L. Julianus* 13. §. *Offerri* 8. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *L. Fistulas* 78. §. *Qui fundum* 2. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 1431.

Praeterea ratio huic sententiae favet; etenim nullus est, qui neget, fructus omnes, si a primo conductore percipiantur, locatori obligatos esse pro pensione, itaut, nonnisi tota soluta, desinat pignoris vinculum (1); quippequod individuum est (2): aequitas autem non patitur, ut jus locatoris deterius fiat, quia conductor alteri praedium relocet (3); immo fructus cum suo onere, idest pignoris vinculo, in quemcumque possessorem transeunt (4).

(1) *Dict. l.* 13. §. 8. *ff. de actionib. empt., d. l.* 78. §. 2. *ff. de contrahend. emption.*

(2) *L.* 1., *et* 2. *cod. si unus ex plurib. haeredib. etc.* (8. 32.)

(3) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

(4) *L. Debitorem* 15. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

§. 1432.

Ex his facile solvi potest posterius quaestionis supra propositae caput (§. 1428.), an idem pro locatore dicendum, si secundus conductor partem dumtaxat praedii locaverit; cum enim, ut modo diximus, pignoris jus individuum sit, atque omnes omnino complectatur fructus, qui ex fundo percipiuntur, quicumque eos percipiat; nec per factum primi conductoris natura pignoris immutetur (§. praeced.), sponte sequitur, idem de hoc casu, ac de altero (§. 1429.) ferendum esse judicium (1).

(1) *L. Illud quaesitum est* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 1433.

Sed satis de fructibus fundi locati. Caetera prosequamur, quae pertinent ad invecta, et illata in praedium urbanum, vel rusticum, quod fructibus gignendis comparatum non sit, cum hoc eodem jure regatur (1). Leges generatim commemorant invecta, et illata, nec ullam rerum speciem excipiunt (2): ex quo colligunt interpretes, omnia omnino bona pignoris vinculo teneri (3).

(1) *D. l. Si horreum* 3., *l. Eo jure* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Pomponius* 2., *l.* 3., *et* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. De pretio* 8. *ff. de pubblician. in rem action.* (6. 2.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

§. 1434.

Neque in hoc casu excipi debent res, quas quis in specie non fuisset verosimiliter obligaturus, prout fit in pignore universorum bonorum (1); aequitas enim in hoc postremo pignore ita suasit, ut aliquid supersit debitori a vinculo pignoris exemptum: quae aequitatis ratio in invectis, et illatis deest, ut per se patet: praeterquamquod a generali hypotheca ea plane excipiuntur, quae in praedium urbanum inferri solent, nempe supellex, et caetera, quae ad usum quotidianum pertinent (§. 1382.): adeoque vix prodesset tacitum pignus locatori, si haec pignoris vinculo non tenerentur.

(1) *L. Obligatione generali* 6. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1435.

Neque interest, utrum invecta, et illata sint a conductore aetate majori, an a pupillo, vel minore; nam bona minorum, sicut pignori judiciali (1), ita ut legali subjici aequum est, cum legis major vis sit, quam judicialis decreti: his adde, licere tutoribus bona minorum mobilia pignori dare, si ita pupillis expediat, atque negotium in pupilli utilitatem vertatur (2): prout sane vertitur habitatio, quae sub alimentis continetur (3): atque hinc recte tradit Voet, nec tacitae huic hypothecae exempta censeri invecta a studiosis, sive supellex alia, sive libri sint: maxime cum nullum iis speciale privilegium indultum appareat (4).

(1) *L. Sed si pecunia* 3. §. 1. *ff. de reb. cor.* (27. 9.)
(2) *L. Tutor* 16. *ff. de pignoratit. act.* (13. 7.)
(3) *L. Legatis alimentis* 6. *ff. de aliment. legat.* (34. 1.)
(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 2. *num.* 4. *in fin.*

§. 1436.

Porro invecta, et illata ita demum creditori obligantur, si conductoris propria sint; vel aliena, sed domino sciente, atque in fraudem ignorantis creditoris dissimulante, illata fuerint (1): illata, inquam; nec enim, tametsi conductoris propria sint, sufficit inferendi destinatio, vel etiam promissio, sed illatio omnino necessaria est (2).

(1) *L. Si probaveris* 2. *cod. si alien. res pignor. etc.* (8. 16.)
(2) *L. Potior est* 11. §. *Si colonus* 2. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1437.

Quinimmo nec illatio per se sufficit, sed leges requirunt, ut res in praedium urbanum, vel rusticum, quod fructus non fert, eo animo fuerint illatae, ut perpetuo ibi sint (1): quod et protractum ad praedii rustici frugiferi conventionale pignus, seu quo convenerit inter dominum, et colonum, ut invecta in illud, et illata pignori sint (2); quia contrahentes de his solis sensisse praesumuntur. Quare nec res commodatae, nec depositae, nec colono pignori datae sub hac hypotheca continentur.

(1) *L. In praediis* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Debitor* 32. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1438.

Quod spectat merces in tabernam illatas, cum non ea mente inferantur, ut singulae ibi perpetuo sint, sed potius ut distrahantur quanto citius fieri potest, atque aliae in divenditarum locum substituantur, non quae ab initio illatae fuerunt, sed quae tempore solutionis ibi sunt, obligatae intelliguntur (1): atque pignoris jure retineri a creditore possunt.

(1) *L. Grege legato* 13., *l. Cum tabernam* 34. *ff. de pignorib.* (20. 1)

§. 1439.

Quae hactenus expendimus exempla pignoris absque expressa conventione inducti, omnia fere ex tacita contrahentium voluntate vim suam habent; si excipias

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

invecta, atque illata in praedium urbanum, vel rusticum non frugiferum, atque fructus praedii rustici, quae tacitae conventioni accepto ferre quibusdam placet, convenientius tamen ad legis potestatem referuntur. Sequitur disquisitio de speciebus pignorum, quae ex sola legum auctoritate descendere, omnes fatentur.

Sectio II.

De pignore legali.

SUMMARIA.

Pupilli, et minores tacitam a lege hypothecam habent in bonis tutorum, et curatorum. §. 1440.

Furiosi, prodigi, et his similes eodem privilegio gaudent. Quid de absentibus, creditoribus, et haeredibus in bonis curatoris dati jacenti haereditati? §. 1441.

Hypotheca competit minoribus etiam in bonis protutoris, curatoris ad lites, fidejussoris, actoris, et procuratoris. §. 1442.

Pupilli, et minores hypothecam non habent in bonis haeredum administratorum, nec in bonis Magistratuum. §. 1443.

Pro quibus bonis competat pupillis, et similibus hypotheca in bonis administratorum, et a quo tempore incipiat, vel desinat? §. 1444., *et* 1445.

Universitates eodem beneficio ac minores fori usu gaudent. §. 1446.

Fiscus hypothecam tacitam plerumque habet. §. 1447.

An fiscus praeferatur creditoribus anterioribus? §. 1448.

Quid de bonis quaestorum, aliorumque officialium Principis? §. 1449.

Fiscus consumptam pecuniam aliquando potest revocare. §. 1450.

Referuntur alia, atque singularia fisci in hac re privilegia. §. 1451.

Debitores delatam haereditatem, legatum, aut donationem repudiare nequeunt in dispendium fisci, aliorumve creditorum. §. 1452.

Fisco competere non videtur hypotheca pro mulctis, et poenis in bonis delinquentium; tametsi sententia condemnationis jam lata fuerit. §. 1453., *et* 1454.

Fiscus succedens in locum privati, illius jure utitur quoad tempus praeteritum; quoad futurum privilegio suo. §. 1455.

Mulieres tacitam pro dote, et augmento hypothecam habent. §. 1456.

Marito competit hypotheca ad dotem exigendam, dummodo promissa fuerit. §. 1457.

Legatarii, et fideicommissarii tacitae legalis hypothecae jus habent. §. 1458.

Haeredes testatoris tacitam hypothecam habent in bonis vidui, vel viduae, cui aliquid relictum sit sub continentiae lege. Quid de bonis binubi parentis? §. 1459

Filii pro bonis maternis tacitam hypothecam habent in bonis parentum. §. 1460.

An legalis hypotheca competat filiisfamilias pro quibuscumque bonis adventitiis a patre administratis? §. 1461., *et* 1462.

Quid de venditore, atque eo, qui pecunia sua fundum alteri comparaverit? §. 1463., *et* 1464.

Venditor, qui dominium rei sibi reservaverit, rem venditam revocare non potest. §. 1465.

Hypothecam tacita cum praelatione apud nos data est illis, quorum pecunia res immobilis comparata fuit. §. 1466.

Hypotheca tacita non competit omnibus, qui salvam fecerint pignoris caussam; utique praelatio, si expresse de hypotheca convenerint. §. 1467.

Legalis hypotheca competit mutuanti in aedium refectionem. §. 1468., *et* 1469.

Quae desiderentur conditiones, ut tacita haec hypotheca locum habeat? §. 1470.
Quid si impensae tantummodo spectent ad domus ornatum, et voluptatem? §. 1471.
An hypotheca legalis competat pro pecunia mutuo data in extructionem novae domus? §. 1472., *et* 1473.
Quid de pecunia mutuo data ad navem extruendam, instruendam, vel emendam? §. 1474., *et* 1475.
Praelatio apud nos, licet de hypotheca non convenerit, plerumque competit in casibus, in quibus Romanae leges, posita hypothecae conventione, eamdem tribuunt. §. 1476.
An hypotheca tacita competat pro annuis censibus? §. 1477.
Pro alimentis etiam solo judicis officio debitis hypotheca usu fori competit. §. 1478.

Inst. l. 3. tit. 13. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

§. 1440.

Legalis hypothecae exempla quamplurima sunt, quorum aliqua suis locis jam expendimus. Atque imprimis agentes de actionibus pupillo, et minori competentibus diximus, illis tributam fuisse hypothecam in bonis tutorum, atque curatorum (1); cujus vi pupilli, et minores praeferuntur creditoribus non tantum chirographariis, sed etiam hypothecariis tempore posterioribus expressam hypothecam habentibus, licet privilegiatis (2): immo et tempore prioribus, saltem in re ab administratore empta nummis pupilli, vel minoris (3).

(1) *V. Tom. II. pag.* 300. §. 1155., *et seqq.*
(2) *Ibid. pag.* 302. §. 1161., *et seqq.*
(3) *V. ibid. pag.* 307. §. 1182. *ad* 1187.

§. 1441.

Hujus autem hypothecae jure gaudent tum pupilli, et minores, tum qui his comparantur, videlicet furiosi, prodigi, et caeteri, quibus ob vitium corporis, aut animi tutor, vel curator datur; atque etiam posthumi (1); non tamen absentes, nec creditores, nec haeredes in bonis curatoris jacenti haereditati dati, si ad Romanas leges respiciamus (2); utique vero usu fori, quo receptum, bona omnium administratorum, qui rationes administrationis suae reddere tenentur; tacitae hypothecae vinculo subjici, quamvis mater sit, quae filiorum suorum, legitimam aetatem adeptorum, tutelam gesserit (3): nec non horum omnium haeredibus (4).

(1) *D. Tom. II. pag.* 302. §. 1165.
(2) *Ibid.* §. 1166.
(3) *Ibid.* §. 1167., *et* 1168.
(4) *Ibid.* §. 1169.

§. 1442.

Hypotheca minoribus, et similibus competit in bonis tutorum, et curatorum, licet non administraverint, nec tutela confirmata sit, nec factum inventarium: nec non in bonis protutoris, curatoris ad lites, fidejussoris, actoris, procuratoris; atque illius, qui tutelam, vel curam ex amicitia gesserit (1); sive quis curator generalis sit, sive singularium quarumdam rerum, sive extraneus, aut consanguineus, aut mater (2). Data quoque fuit hypotheca haec in bonis vitrici tum pro praeterita, tum pro futura administratione, si matrem tutricem (non procuratricem) duxerit, nondum ab ea petito tutore, rationibus non redditis, nec reliquis persolutis (3).

(1) *V. d. Tom. II. pag.* 304. §. 1173.
(2) *Ibid.* §. 1174. *ad* 1176.
(3) *Ibid.* §. 1177.

§. 1443.

Denegatur pupillis, et minoribus hypotheca in bonis haeredum, qui tutoribus, vel curatoribus successerunt: (nisi forte aequitas aliud suadeat): nec non in bonis magistratuum, et illius, qui cum tutor non esset, nec tutelam gerere vellet, pupilli bona

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

per speciem administrationis invasit, animo grassandi: atque ab hypothecae vinculo pariter exempta sunt bona curatoris absentis, ab hostibus capti, ut et jacentis haereditatis: utique si ad jus Romanum quaestio exigatur, sed usu fori aliud obtinet (§. 1441.): sane impuberibus hypotheca non competit in bonis eorum, cum quibus contrahunt (1).

(1) *D. Tom. II. pag.* 305. §. 1179. *ad* 1181.

§. 1444.

Hypotheca pupillis, et similibus data est in bonis administratorum non pro debitis cujuscumque generis, sed pro illis tantum, quae judicio tutelae, vel curae peti possunt, adeoque pro reliquis, et eorum usuris, pro expensis litis adversus tutorem, qui perperam recuset, vel differat rationes reddere, aut reliqua solvere: nisi majores propter tutoris contumaciam factae fuerint, atque tertius possessor hypothecaria conveniatur (1). Nec etiam pupilli jure hypothecae gaudent in bonis tutorum pro debitis tutelae prioribus, quae nonnisi finita tutela solvi debuerint (2).

(1) *V. d. Tom. II. pag.* 308. §. 1188. *ad* 1191.

(2) *Ibid. pag.* 309. §. 1192. *ad* 1198.

§. 1445.

Incipit hypotheca pupillorum adversus tutores a die coeptae administrationis, seu quo primum administrare debuerunt; adversus protutores autem a die, quo gerere coeperunt (1): atque desinit, cum reliqua restituta fuerint, nisi novatio intercesserit (2). Porro vi hujus hypothecae non possunt pupilli agere adversus tertios possessores; nisi rationes redditae fuerint, atque constet, vere pupillis deberi (3).

(1) *V. d. Tom. II. pag.* 310. §. 1199. *ad* 1201.

(2) *Ibid.* §. 1202.

(3) *Ibid.* §. 1203., *et* 1204.

§. 1446.

Eodem ac minores beneficio utuntur universitates, non quidem jure Romano (1), quo universitatibus in bonis administratorum nullum specialis hypothecae jus concessum fuit, sed usu fori passim recepto; ita ut tacita legali hypotheca utantur (2): sane in bonis civium pro tributis ex omnium consensu competit hypotheca universitatibus etiam cum praelatione (3), non vero in bonis eorum, quibuscum universitas contrahit (4), cum haec pupillis ipsis denegetur (§. 1443.)

(1) *V. Tom. III. pag.* 99. §. 350., *et* 351.

(2) *D.* §. 351. *allegat.* 1.

(3) *Ibid.* §. 352.

(4) *Ibid.* §. 353.

§. 1447.

Sequitur disputatio de fisco, cujus conditio ampliori etiam favore digna visa fuit: quippe data est ipsi hypotheca tum in bonis eorum, qui res fiscales administrant (1), tum in bonis eorum, quibuscum contrahunt (2), tum in bonis civium pro tributis (3), sive tributa haec ordinaria sint, sive extra ordinem, publica aliqua necessitate urgente, imposita (4), cum leges indistincte loquantur, atque eadem in omnibus publicae utilitatis ratio sit.

(1) *L.* 1. *cod. de jur. fisci* (10. 1.), *l. Si debitor* 4. *cod. de privileg. fisci* (7. 73.)

(2) *L. Certum est* 2. *cod. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *cod. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. si propter publicas pensitation.* (4. 46.)

(4) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 2. *num.* 8. *in princ.*

§. 1448.

Sanctio haec Romanarum legum apud omnes fere gentes recepta (1), jure, quo utimur, probatur, et protracta est: cautum etenim, ut fiscus hypothecam habeat in

bonis omnium, qui cum ipso contrahunt; aut quocumque modo administrant bona, Inst. l. 3.
reditus, jura, vel quamcumque fisci rem (2); ita ut in bonis post contractam cum tit. 15.
fisco sive expresse, sive tacite obligationem quaesitis fiscus praeferatur omnibus cre- ff. l. 20.
ditoribus, licet tempore prioribus, hypothecam expressam, vel privilegio munitam tit. 2.
habentibus (3): prout etiam jure Romano constitutum fuit in fisco contrahente (4). Cod. l. 8. tit. 15.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 2. *num.* 8.

(2) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 10. §. 1.

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 2.

(4) *L. Si, qui mihi* 28. *ff. de jur. fisci* (49. 14.)

§. 1449.

Eidem hypothecae favore fisci subjiciuntur bona quaestorum (*) generalium, vel singularium, aliorumque ministrorum, et officialium, qui bona Principis administrant (1): quod vincutum a die collati officii incipit: quoad alios vero administratores, qui munere non funguntur, a die coeptae administrationis (2): atque ut fisco magis prospectum sit, facultas ei adseritur non tantum bona libera, sed et fideicommissaria, aut primogenialia capiendi, nullatenus obstante quacumque contraria dispositione (3).

(*) Tesorieri.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 10. §. 3.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 3. *in fin.*

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 4.

§. 1450.

Ad haec datum est fisco privilegium revocandae pecuniae etiam consumptae, quam debitor fisci solverit creditoribus, vel in alios distraxerit, si nec debitor, nec fidejussores, nec approbatores solvendo sint; et vere constet de debito favore fisci eo tempore, quo alienatio secuta fuit (1): quinimmo fiscus potest alienatam pecuniam revocare, licet creditor non esset tempore alienationis, si constet, hanc ad fiscum spectasse (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 6. *tit.* 10. §. 5.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 6.

§. 1451.

Bona etiam, quae a filiis, fratribus, aliisve consanguineis communem vitam ducentibus cum quaestoribus, aliisque pecuniae fiscalis administratoribus, comparantur, in subsidium obligata sunt favore fisci pro debitis administratorum, nisi probent illi, unde pecunia, ex qua comparata sunt, ad ipsos pervenerit (1): insuper adjectum, obligationibus, quae erga fiscum contrahantur a pluribus personis pro eadem caussa, in solidum omnes adstringi (2): atque fiscum directe agere posse contra debitores debitoris, hoc prius non excusso: ita ut plena debitoribus solventibus liberatio acquiratur (3), prout Romano quoque jure cautum fuit (4).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 6. *tit.* 10. §. 7.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 10.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 11.

(4) *L. Si debitum* 3., *et l. sequ. cod. quand. fisc., vel privat.* (4. 15.)

§. 1452.

Ne autem debitores in fisci, aliorumve creditorum dispendium quid moliri possint, postremo cautum, ne fisci, vel privatorum debitoribus liceat repudiare haereditatem, legatum, vel donationem: ita ut nullius roboris censeatur repudiatio, vel renunciatio; atque tum fiscus, tum alii creditores pecuniam sibi debitam consequi possunt ex haereditate, legato, vel donationibus, perinde ac si sponte haec agnovisset debitor (1).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 6. *tit.* 10. §. *ult.*

§. 1453.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8 tit. 15.

Dissentiunt interpretes, an fisco competat hypotheca pro mulctis, et poenis in bonis delinquentium. Probabilior videtur sententia negantium, cum privilegium hoc nullibi adseratur: immo generatim traditur, nulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae dimissis creditoribus supersunt (1): *omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi* (2); atque *rem suam persequentibus poenae exactionem postponi* (3); non quidem favore creditorum posteriorum, sed priorum; cum fisco juris communis auxilium denegandum non sit, prout scite animadvertit Papinianus (4).

(1) *L. Non possunt* 11., *l. Statius Florus* 48. §. 1. *ff. de jure fisci* (49. 14.)
(2) *L. In summa* 17. *ff. eod. tit.*
(3) *L. unic. cod. poenis fiscalib. creditor. praeferri* (10. 7.)
(4) *L. Quod placuit* 37. *ff. de jur. fisci*

§. 1454.

Neque hypotheca, aut praelatio concedenda videtur fisco pro poenis, et mulctis, etiam post latam condemnationis sententiam; licet enim in judicio quasi contrahatur (1), non tamen ad hunc casum protrahenda videtur hypotheca fisco tributa in bonis eorum, cum quibus contraxit (§. 1447.); quia jus hoc de quasi contractu in judicio omnino singulare est, adeoque non pertinet ad poenas, quarum exactio ita odiosa est, ut nec minor adversus omissam illius persecutionem restituatur (2).

(1) *L. Licet tamen* 3. §. *Idem scribit* 11. *ff. de peculio* (15. 1.)
(2) *L. Auxilium* 37. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1455.

Si fiscus succedat in locum privati, quoad tempus praeteritum, jure privatorum utitur; quoad futurum vero, puta in usuris, utitur privilegio suo (1). Caeterum privilegia omnia, quae fisco indulta sunt, Principi quoque, et Augustae competunt (2).

(1) *L. Fiscus* 6. *ff. de jur. fisc.* (49. 14.), *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 93. *num.* 4.
(2) *D. l.* 6. §. 1., *V. Tom. I. pag.* 86. §. 123.

§. 1456.

Mulieri etiam pro dotis repetitione, et augmento hypotheca concessa fuit a Justiniano, ita ut praeferatur creditoribus antiquiorem hypothecam habentibus (1) tacitam, non expressam, ut alibi diximus (2); sive mulier ipsa, sive ipsius haeredes dotem repetant (3); sive nuptiae jam contractae sint, sive adhuc contrahendae (4): immo et pro paraphernalibus, seu extra caussam dotis traditis marito a muliere bonis (5). Sed in his, quae alibi ex proposito expendimus (6), ulterius immorandum non putamus.

(1) *L. Assiduis* 12. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)
(2) *V. Tom. V. pag.* 66. §. 219.
(3) *L. unic.* §. 1. *cod. de rei uxor. action.* (5. 13.)
(4) *L. Si sponsa* 74. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)
(5) *L. ult. cod. de pact. convent.* (5. 14.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit. ult. prop. fin.*
(6) *V. Tom. V. pag.* 58. §. 183., *et seqq.*

§. 1457.

Cum vero in matrimonio omnimodam aequalitatem, quoad fieri potest, servari conveniat, idcirco leges marito ad dotem exigendam jus hypothecae concesserunt, dummodo sive a patre, sive ab extraneo quocumque promissa fuerit (1). Sed haec, aliaque ad hanc rem pertinentia alibi fuse tradidimus, cum opportunus esset dicendi locus (2).

(1) *L. unic.* §. 1. *cod. de rei uxor. action.* (5. 13.)
(2) *V. Tom. IV. pag.* 375. §. 1430. *et seqq.*

§. 1458.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

Ultimarum voluntatum favore, ut facilius exitum sortiantur, quae in illis disposita sunt, concessa quoque fuit hypotheca in bonis defuncti legatariis omnibus, (nec non fideicommissariis) (1): ita ut omnium par sit caussa, licet uni prius, puta testamento, alteri posterius, seu codicillis postea factis testator legaverit (nisi unum ex his legatis in piam caussam sit (2); quippequod singulari favore leges prosequuntur); sive uni pure, alteri sub conditione legatum relictum fuerit; quia conditio retrotrahitur ad mortem testatoris, quo demum tempore legata vim habere incipiunt (3). De hypotheca hac suo loco fuse diximus (4), sicut et de hypotheca fideicommissorum nomine tributa (5).

(1) *L.* 1. *cod. commun. de legat., et fideicommiss.* (6. 43.)
(2) *Fab. cod. de jur. deliberand. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 15.
(3) *L. Potior est* 11. §. 1. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)
(4) *Tom. VII. pag.* 412. §. 1633., *et seqq.*
(5) *Tom VIII. pag.* 392. §. 1601., *et seqq.*

§. 1459.

Hypotheca insuper tacite concessa fuit a Justiniano in bonis vidui, vel viduae, si quid alterutri relictum sit sub lege continentiae, ut ita prospectum sit haeredibus testatoris, qui conjugi superstiti reliquit (1): nec non liberis prioris matrimonii in bona parentis binubi pro restitutione bonorum a priore conjuge, vel ab aliis liberis prioris thori superstiti parenti quaesitorum, quoties in poenam secundarum nuptiarum ad liberos reverti debent (2).

(1) *Novell.* 22. *cap. Unde sancimus* 44. §. *Si vero* 2. *V. Tom. I. pag.* 380. §. 1263., *et seqq.*
(2) *L. Hac edictali* 6. §. *Omnibus* 2., *l. Si quis prioris* 8. §. *In illo* 4. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit.* 13. *in princip.*

§. 1460.

Idem hypothecae jus obtinere tradit Faber favore filiorum pro bonis maternis, vel ex linea materna ad liberos devolutis (1); ita sane ferunt Justiniani verba (2): nec distinguimus inter lineam maternam collateralem, et directam (3): quia legis (4) verba generalia, et indistincta sunt (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *defin. ult. num.* 3. *in corp.*
(2) *D. l. Si quis prioris* 8. §. *ult. cod. de secund. nupt.* (5. 9.)
(3) *Fab. d. definit. ult. allegat.* 3.
(4) *D. l.* 8. §. *ult.*
(5) *L. De pretio* 8. *ff. de publician. in rem action.* (6. 2.)

§. 1461.

Major difficultas est de caeteris adventiis, quae filiisfamilias aliunde obvenerit, an idem hypothecae legalis beneficium in bonis patris adserendum sit. Justinianus imprimis eam aperte denegat (1): deinceps eam concedere videtur (2): quare Justiniani sanctio, subjicit Faber, ita ab interpretibus communiter accepta est, ut, si quid pater ex his adventitiis filii bonis contra legis prohibitionem alienaverit, et generaliter pro male gestis, et prohibitis filius tacitam habeat hypothecam a die inchoatae administrationis (3), atque ideo filius non tantum in praeteritis, sed et futuris patris bonis, seu quaesitis post coeptam administrationem praeferatur creditoribus, qui post administrationem, et ante malam gestionem cum parte contraxerunt (4).

(1) *L. Cum oportet* 6. §. *Non autem* 2. *cod. de bon. quae liber.* (6. 61.)
(2) *D. l.* 6. §. *ult.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit. ult. num.* 5. *in corp.*, *et d. l.* 6. §. *ult.*
(4) *Fab. d. definit. ult. num.* 6. *in corp.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2 Cod. l. 8. tit. 15

§. 1462.

Pro iis vero, quae pater gessit, lege permittente, licet per culpam, et negligentiam male gesserit, dummodo absque dolo malo, nullam filius hypothecam habet juxta interpretum distinctionem (1): atque secundum hanc distinctionem, subjicit Faber, me licet dissentiente, Senatus pronunciavit (2). Sane, si ad aequitatem respiciamus, pro filiis in utroque casu respondendum videretur, ne rebus sibi quaesitis spolientur, ut in extraneos patris creditores transferantur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 7. d. defin. ult. num. 8. in corp.*

(2) *Fab. ibid. num. 19. in corp.*

§. 1463.

Venditor, si quaestio ex Romanis legibus dijudicetur, potest quidem rem venditam, nec dum traditam retinere, quamdiu pretium solutum non est, quasi pignoris loco (1): atque idem dicendum de eo, qui pecunia sua fundum alteri comparaverit, nec dum pretium receperit: ex quo sequitur, creditorem interim posse hypothecaria in hanc rem experiri (2): sed post factam traditionem nec rem avocare potest, nec hypothecaria agere in caeteras res emptoris, si de pignore nominatim non convenerit (3); quia ex venditione sola oritur personalis actio, non hypothecaria.

(1) *L. Julianus* 13. §. *Offerri* 8. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *Fab. cod. de pignorib. lib. 8. tit. 6. definit.* 12.

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 7. definit. 6. in princip.*

§. 1464.

Sed regio jure venditori prospectum est; cautum quippe, ut in contractibus venditionis, et cujuscumque alienationis rerum immobilium servata intelligatur favore venditoris, aut alienantis specialis hypotheca pro integro pretio, vel reliqua parte, quae adhuc debeatur licet, nominatim de ea non convenerit emptorem inter, et venditorem, expressim fides de pretio habita, atque dilatio ad illud solvendum concessa sit (1): ita ut venditor in re vendita vi hujus hypothecae praeferatur cuicumque creditori etiam anteriori, et privilegium habenti, nec non mulieri ex caussa dotis, et fisco (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 16. §. 1.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 2.

§. 1465.

Dominii autem reservationem in stipulatum deductam majorem vim non habere decernitur, quam insit huic speciali, et tacitae legali hypothecae (1): atque ideo non licet venditori rem venditam revocare, sed tantum agere ad pretium consequendum: atque, si in bonorum discussionis instantia interveniat, id unum petere potest, ut super re alienata caeteris creditoribus, justa illius habita aestimatione, praeferatur, salvo etiam caeteris creditoribus jure offerendi (3).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *tit.* 16. §. 3.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 6. *Quamquam, praecisa lege municipali, reservatio dominii veram favore venditoris retentionem pariat.*

(3) *Argum. l. Procuratoris* 5. §. *Plane si* 17. *ff. de tributor. action.* (14. 4.), *l. Licet* 7. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

§. 1466.

Idem dicendum de re alterius nummis comparata; videlicet nec ullum jus taciti pignoris nummorum domino in ea competit ex jure Romano (1): nisi pupilli nummis res comparata sit (2), cui datur jus tacitae hypothecae, quia per expressam, ex aetatis imbecillitate, sibi consulere non potuit: regiis tamen sanctionibus tacita hypotheca in re immobili, atque praelatio etiam data fuit illis, quorum pecunia res immobilis comparata fuit (3): ita tamen, ut potior sit, qui impensas erogaverit, vel mutuam pecuniam dederit pro re conservanda, aut reficienda; hic enim, licet per hypothecam ex-

presse sibi non prospexerit; caeteris tamen praefertur, dummodo constet, ex necessaria caussa, atque in rei utilitatem impensum fuisse (4); quippe salvam fecit totius pignoris caussam (5).

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 20. tit. 2 Cod. l. 8. tit. 15.

(1) *D. l. Procuratoris* 5. §. *Plane* 17. *ff. de tributor. action.* (14. 4.), *l. Quamvis* 17. *cod. de pignorib.* (8. 14.), *d. l. Licet* 7. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.), *Fab. cod. qui potior. in pign. lib.* 8. *defin.* 10. *in princip.*

(2) *L. Idemque* 7. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(3) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 16. §. 4.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 5.

(5) *D. l. Interdum* 5., *et l. seq. ff. qui potior. in pign.*

§. 1467.

Cavendum tamen, ne hinc inferatur, jus hypothecae, si quaestio ad jus Romanum exigatur, competere omnibus, qui salvam fecerint pignoris caussam; his utique competit jus praelationis, si per expressam hypothecam sibi consuluerint (1), non vero tacita hypotheca (2); quippequae nullibi tributa apparet; immo leges conventionem de hypotheca semper commemorant (3).

(1) *D. l. Interdum* 5., *et l. seq. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(2) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 10., *et cod. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 10.

(3) *V. Leges citatas* §. *praeced. all.* 1., *et l. Licet iisdem* 7. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

§. 1468.

Unus est casus, quo ex legum Romanarum praescripto legalis hypotheca competit ei, qui in rem alienam impendit: videlicet si quis crediderit in aedium refectionem (1): quod singularis aedificiorum favor extorsit, ne ex eorumdem ruina aspectus urbis deformetur. Nihil porro interest, an domino crediderit, an redemptori, dummodo ex mandato domini (2).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 10. *in princip.*

(2) *D. l.* 1. *in fin. ff. hoc tit.*, *l. Si ventri* 24. §. 1. *ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.)

§. 1469.

Hypotheca autem haec non afficit omnia debitoris bona, sed aedes ipsas tantummodo (1), vel pecuniam hoc nomine mutuo datam (2): sive pecunia tradita sit, sive materiam quis subministraverit, nihil interest, prout fert communis sententia, cum in utroque casu eadem vigeat ratio, atque eadem reficiendae domus facultas domino praestetur; cum immo pecunia desideretur, ut materia comparari possit: hoc tamen privilegium ad fabros non pertinet, cum nullibi cautum appareat.

(1) *D. l.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*, *d. l.* 24. §. 1. *ff. de reb. etc.*

(2) *L. Creditor* 25. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Cum duobus* 52. §. *Idem respondit* 10. *ff. pro socio* (17. 2.)

§. 1470.

Sed, ut hypotheca haec mutuanti in aedium refectionem competat, duo desiderantur. 1. Ut pecunia in hunc finem mutuo data sit. 2. Ut reipsa in aedium refectionem versa probetur (1); alioquin cessat vel favor mutuantis, si alio consilio mutuum dederit, vel publica utilitas, si aedes ex ea pecunia refectae non sint.

(1) *Argum. l. Quod si servus* 3. §. *Sed si sic* 9. *ff. de in rem verso* (15. 3.), *V.* §. 1466.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 15.

§. 1471.

Nec pro impensis omnibus in aedium refectionem erogatis legalem hypothecam competere, quidam sentiunt, sed tantum pro necessariis, et utilibus, non quae ad ornatum, et voluptatem pertinent (1); quia hujusmodi sumptus in aedium utilitatem versi non videantur (2): proinde aequum non sit, creditoribus hypothecariis anterioribus jus praelationis auferre favore posterioris, ex cujus nummis domus pretiosior facta non fuit. Sententia haec recipienda videtur; si impensae ad solam aedificantis voluptatem spectent, nec ex communi hominum aestimatione aedes pretiosiores factae sint, cessante in hoc casu legis ratione, et privilegio, quod anterioribus creditoribus noxium est: adeoque non late interpretandum (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 20. tit. 2. num. 28. in med.*

(2) *D. l. Quod si servus 3. §. Sed si mutua 4. ff. de in rem verso* (15. 3.)

(3) *Argum. l. Nec avus 4. cod. de emancipat. liberor.* (8. 49.)

§. 1472.

Quod de aedium refectione Romanae leges constituerunt, idem probatum non est de pecunia mutuo data in extructionem novae domus; etenim refectionem aedium perpetuo leges commemorant, nunquam extructionem (1); praeterquamquod cessat legis ratio, quae privilegium concessit, ne aspectus urbis deformetur (§. 1468.): nisi nova domus reponenda sit in loco, quo vetus exusta, vel collapsa erat; quia et aspectus urbis deformaretur, nisi domus restitueretur: atque haec esse videtur sententia Papiniani asserentis, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem aedificii extruendi* mutuam dedit (2).

(1) *L. 1. ff. hoc tit. V. §. 1469. allegat. 1., et 2.*

(2) *D. l. 1. ff. hoc tit.*

§. 1473.

Verum vulgo creditum est, ait Faber, eum, qui pecunia sua vel praebuit, vel salvam fecit aliis creditoribus pignoris caussam, habere privilegium tacitae hypothecae (1): sane, qui credit pecuniam in extructionem novae omnino domus, caeteris creditoribus extruentis praebet caussam pignoris: ideoque ex communi pragmaticorum sententia tacitae hypothecae jure gaudet cum praelatione in eadem domo caeteris creditoribus. Ab hac sententia alienum non videtur jus regium, quo generatim datur hypotheca illis, quorum pecunia res immobilis comparata fuerit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. in quib. causs. pign. etc. lib. 8. tit. 7. def. 10. in princ.*

(2) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 16. §. 4.*

§. 1474.

Qui ad navem extruendam, instruendam, vel emendam crediderint, jure Romano hypothecam non habent, sed tantum privilegium inter chirographarios (1): atque ideo praelationem, si expressa conventione de hypotheca sibi prospexerint (2): licet enim ad publicam utilitatem navium extructio pertineat (3), attamen satis visum fuit privilegium inter chirographarios creditores dare.

(1) *L. Qui in navem 26., l. Quod quis navis 34. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.)

(2) *L. Interdum 5., et seq. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(3) *L. 1. §. Licet autem 20. ff. de exercitor. action.* (14. 1.)

§. 1475.

Nec aliud tradit Ulpianus, ajens, eum, qui ad navem armandam credit, licet tempore posteriorem, jure tamen potiorem esse (1); non enim ibi disputat jureconsultus, an ex hac caussa beneficium hypothecae competat, nec ne; sed tantum refert exempla, quibus creditor posterior prior est priore: adeoque de expressa hypotheca commode intelligi potest. Quamquam, ut modo diximus (§. 1473.), ex recepta apud

pragmaticos passim sententia, creditori huic, et aliis ejusdem generis hypotheca tacita competit. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

(1) *D. l. Interdum* 5. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1476.

Ab hoc autem pragmaticorum placito alienum non videtur jus regium, quippe quod, licet his, et similibus casibus non prospiciat (1), generatim tamen cavet, ut hypotheca generalis bonorum, ac constitutum possessorium tacite insint omnibus contractibus (atque dispositionibus ultimae voluntatis), qui publico instrumento fiunt, vel etiam privata scriptura in casibus, in quibus eodem regio jure ita fieri permittitur: atque eundem pariant effectum, perinde ac si utraque cautio expressa fuisset (2): quare dicendum, praelationem competere in casibus, in quibus secundum Romanas leges competit, si expresse de hypotheca conventum sit (§. praeced.)

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 8.

§. 1477.

Directis dominis jus taciti pignoris a legibus concessum est pro canone, aut salario ab emphyteuta solvendo, in fundo utique emphyteuticario; vel superficiario (1): atque horum exemplo tradunt interpretes (2), idem jus competere illis, quibus annnus census ex praedio debetur, in praedium censuale pro census annui securitate obligatum (3); fructus quoque beneficii pro praebendis monachalibus, etiam annorum praetoritorum obligatos esse, tradit Faber (4).

(1) *L. Etiam superficies* 15. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 2. *num* 27.
(3) *Argum. l. Lex vectigali* 31. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit.* 12.

§. 1478.

Pro alimentis etiam ex sola aequitate debitis, usu fori, hypothecam competere, alibi diximus (1). Sed per bonorum cessionem non nascitur jus taciti pignoris favore creditorum (2); cum hanc hypothecae speciem leges nullibi commemorent.

(1) *V. Tom. I. pag.* 207. §. 579., *et* 580.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 7. *definit.* 11.

SECTIO III.

De pignore praetorio, et judiciali.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationib., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 2. *In quibus causs. pign., vel hypothec. tacit. cont.*
Cod. lib. 8. tit. 22. *De praetor. pign.*

SUMMARIA.

Pignus praetorium proprie dicitur, quod judicis auctoritate constituitur, puta damni infecti nomine. §. 1479.

Judiciale pignus est, quod capitur post rem judicatam, exequendae sententiae caussa. §. 1480.

Pignus praetorium in rebus omnibus indistincte constitui potest, non judiciale. §. 1481.

Pro exiguo debito pignora magni pretii capi nequeunt. §. 1482.

In executionem sententiae contra defunctum latae capi possunt fructus percepti ex re haereditaria etiam alienari prohibita. §. 1483.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

Quid si feudum sit ex pacto, et providentia, atque haeres adierit implorato beneficio inventarii? §. 1484.

Fructus feudi in subsidium pro debitis vassalli recte capiuntur sine domini consensu. §. 1485.

An creditor missus in possessionem emolumentorum feudi possit judicem, aliosque ministros eligere? §. 1486.

Quae competant remedia creditori in possessionem misso, ut consequatur, quod sibi debitum est? §. 1487.

Fructus in quocumque pignore cum debito compensantur. §. 1488.

Creditor pignus sub hasta positum emere potest, perinde ac quilibet extraneus. §. 1489.

[illegible] variare potest et petere publicam pignorum venditionem. §. 1490.

Pignus, quod emptorem non invenerit, in solutum creditori datur cum lucro tertii pluris. §. 1491.

Debitor evictionem praestat, si pignora creditori adjudicata, vel alteri vendita fuerint evicta. §. 1492.

Creditor aliquando de evictione pignorum sub hasta venditorum tenetur. §. 1493.

Creditor sub hasta pignora vendi postulans probare non tenetur, se creditorem priorem esse. §. 1494.

Dominium pignoris judex adjudicare valet, si creditor ita fieri postulet. §. 1495.

Pignoris dominium sibi addici rarissime postulant creditores. Quare? §. 1496.

Bona mobilia jure, quo utimur, in executionem judicati primum capi debent; nec nisi in subsidium immobilia, nomina debitorum, aut census. §. 1497.

Quibus conditionibus res mobiles vendi debeant, et quo lucro creditori adjudicentur? §. 1498., *et* 1499.

Quid si debitor intra statutum tempus mobilia publice vendita, vel creditori adjudicata non redimat? §. 1500.

Nomina debitorum quo pacto, et quibus legibus in judicati executionem capiantur? §. 1501.

Immobilia debitoris bona, si mobilia desint, vel non sufficiant, creditori adjudicantur cum lucro tertii pluris: nisi debitori competat beneficium deducto ne egeat. §. 1502.

Tertius possessor, aut debitor hypothecaria conventus tenetur tot bona in solutum dare, vel fructus bonorum dimittere. §. 1503.

Locatio bonorum facta a debitore non impedit adjudicationem, vel oblationem bonorum in solutum. §. 1504.

Debitor, vel tertius possessor bona immobilia adjudicata, vel data in solutum intra annum redimere potest. §. 1505.

Pupilli in hac re a majoribus non distinguuntur. Quid si bonorum valor debitum excedat? §. 1506.

Periti ad bona aestimanda electi tum de dolo, tum de imperitia tenentur. §. 1507.

Aestimatio rerum non ex singulari quorumdam affectione, sed ex communi opinione desumitur. §. 1508.

Aestimatio peritorum usque ad sententiam revocari potest, nisi facta sit de consensu partium. §. 1509.

Quid si aestimatores non consentiant inter se? §. 1510.

Executor sententiae, qui sub juris auctoritate debitori damnum dederit, illud resarcire tenetur. §. 1511.

Hypotheca odio debitoris competit creditori a die, quo sententia condemnationis publicata fuit. §. 1512., *et* 1513.

An spontaneas condemnationes complectatur sanctio haec legis municipalis? § 1514.
Quid de sententiis adversus contumaces latis? § 1515.
Hypothecae legalis jus non nascitur ex sententia judicis ecclesiastici. § 1516.
Hypotheca legalis a die sententiae contrahitur etiam odio mulieris, quae dotem postea marito dederit. § 1517.
An ex die recogniti, vel probati chirographi tacita legalis hypotheca nascatur? § 1518.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

§. 1479.

Praetorium pignus proprie appellatur, quod judicis auctoritate constituitur (1); puta si dominus aedium, quarum ruina imminet, cavere nolit vicino de damno infecto, mittitur hic in possessionem aedium pignoris titulo (2); vel ad custodiam; veluti mulier ex caussa dotis, legatarii, fideicommissarii, et caeteri creditores aliquando mittuntur in possessionem bonorum debitoris, dotis, legati, fideicommissi, et crediti servandi caussa, ut rem loco custodiae teneant (3).

(1) *L.* 1., *et* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Dies cautioni* 4. §. 1., *et passim ff. de damn. infect.* (39. 2.), *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *observat.* 136. *num.* 7.

(3) *L.* 1. *ff. quib. ex causs. in possession. eat.* (42. 4.), *l. Cum proponas* 9. *cod. de bon. auctoritat. judic. possidend.* (7. 72.)

§. 1480.

Judiciale autem pignus proprie dicitur, quod capitur post rem judicatam, judicis auctoritate, exequendae sententiae caussa, cum reus contumax est in solvendo (1). Aliquando tamen promiscue usurpatur pignus praetorium pro judiciali, et vicissim (2); porro non est mirum, ait Ulpianus, *si ex quacumque caussa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui; cum testamento quoque pignus constitui posse Imperator .... rescripsit* (3). Sed pignus praetorium, vel judiciale non constituitur, ut apposite monet idem jureconsultus, nisi in possessionem ventum fuerit (4); adeoque sola judicis sententia non sufficit, nisi aliud inductum sit (5).

(1) *L.* 1. *cod. si in causs. judicat. pign. capt. sit* (8. 23.), *Ab-Ecclesia d. observat.* 136. *num.* 5.

(2) *Ab-Eccles. d. observ.* 136. *num.* 8.

(3) *L. Non est mirum* 26. *ff. de pignoratit. act.* (13. 7.)

(4) *D. l.* 26. §. 1., *Ab-Eccles. d. observ.* 136. *num.* 6., *et* 7.

(5) *V. infra* §. 1509., *et* 1510.

§. 1481.

Constitui potest pignus praetorium, sicut et conventionale, in rebus omnibus mobilibus, immobilibus, et incorporalibus (1), prout judici aequum videbitur nullo servato bonorum ordine: qui tamen servari debet in pignore judiciali (2), prout suo loco fusius explicabimus.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. A Divo Pio* 15. §. *In vindicatione* 2. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 32. §. 16., *et seqq.*

§. 1482.

Cavere autem debet judex, ne pro exiguo debito pignora magni pretii capiantur, potissimum ut alienentur; alioquin potest appellari ab ejus sententia (1); nec enim aequum est a debitore res perperam auferri, ultra quam postulat creditoris indemnitas (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de praetor. pign. lib.* 8. *tit.* 12. *defin.* 2.

(2) *Argum. l. Quamvis constet* 2. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

§. 1483.

Si sententia contra defunctum lata sit, in illius executionem capi possunt non tantum res haereditariae, sed quae ex rebus haereditariis natae sunt, videlicet fructus,

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

etiamsi ex re nec obligata, immo obligari probibita, percepti fuerint (puta ex feudo haereditario), atque haeres adierit cum beneficio inventarii (1); quia inventarium efficit quidem, ne haeres ultra vires haereditatis teneatur; sed non impedit, quominus capi possint res haereditariae, et quae ex illis natae sunt, quasi et haereditariae sint, ut creditoribus satisfiat.

(1) *Fab. cod. si in causs. judicat. etc. lib.* 8. *tit.* 13. *defin.* 2. *in princip.*

§. 1484.

Quod si feudum ex pacto, et providentia acquisitum fuerit, inventarii beneficium prodest haeredi, ne illius fructus pignoris jure capiantur; hi quippe ex re propria haeredis percepti sunt (1). Ex his patet, pignus judiciale capi non posse super feudo ipso, nisi feudum ex aliqua caussa alienari, vel obligari possit, puta apud nos ex caussa dotis constituendae, vel augmenti dotalis consuetudinarii (2); quo tamen casu lucrum tertii creditori non datur (3).

(1) *Fab. cod. lib.* 8. *tit.* 13. *d. defin.* 2. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 3. *cap.* 6. §. 1., *et seqq.*, *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *observat.* 136. *num.* 11.

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 12., *Thesaur. decis.* 158. *in addit. in fin.*

§. 1485.

Aliud profecto dicendum de feudi fructibus; cum enim isti ad feudi possessorem spectent, in subsidium pro debitis ipsius vassalli capi possunt, ita ut creditor illis fruatur, quamdiu vivit vassallus (1); quin necessarius sit consensus directi domini (2).

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 136. *num.* 10. ✠

(2) *Ab-Eccles. ibid. d. num.* 11.

§. 1486.

An vero creditori, misso in possessionem fructuum, seu commoditatum, ut ajunt, feudi, competat facultas eligendi judicis, et aliorum ministrorum, non consentiunt pragmatici. Affirmat Faber, non tamen ex placito Senatus, qui nihil in hanc rem decidit (1); immo amplius putat licere creditori in possessionem misso judices, aliosque, qui officiales solent appellari, a vassallo nominatos removere (2): sed Senatus Pedemontanus, teste ab-Ecclesia, censuit, jura haec penes vassallum de feudo investitum remanere, qui idcirco judicem eligere potest, de consensu tamen creditoris in possessionem missi (3).

(1) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 11. *in princip.*

(2) *Fab. ibid. num.* 3., *et seqq. in corp.*

(3) *Ab-Eccles. d. observat.* 136. *num. ult.* ✠

§. 1487.

Pignus judiciale sumitur in executionem sententiae, qua debitor ad solvendum condemnatus fuerit, moram tamen in solvendo fecerit (§. 1480.): creditori autem in possessionem misso plura competunt remedia ad consequendum, quod ipsi debitum est. Imprimis possidere potest res ab executore captas; et retinere jure pignoris, tamdiu illis utendo, donec fructus percepti respondeant quantitati debitae (1): 2. Petere potest, ut pignora ponantur sub hasta, atque plus offerenti vendantur, ut ex redacto pretio solutio fiat (2): 3. Si licitator non inveniatur, jure postulat creditor, ut sibi adjudicentur pro summa debita (3): 4. Potest creditor impetrare illorum dominium ad justam aestimationem (4).

(1) *L.* 1. *cod. si in caus. judicat. etc.* (8. 23.), *l.* 1. *cod. de distract. pign.* (8. 28.)

(2) *D. l.* 1., *l. Cum in caussa* 2. *cod. si in caus. judicat. etc.*

(3) *D. l.* 2. *in fin. cod. si in caus. judicat.*

(4) *L. ult. cod. de jur. domin. impetrand.* (8. 34.). *V. Ab-Eccles. d. observat.* 136. *num.* 1.

§. 1488.

Diximus, licere creditori uti, frui re pignorata, quamdiu ex fructibus consecutus fuerit, quod ipsi debitum est (§. praeced.); etenim fructus cum debito compensantur, atque in sortem imputantur, tum in pignore conventionali (1), tum in praetorio (2), nec non judiciali (3): nimirum fructus debitum minuunt; atque primum imputantur in usuras, tum in sortem (4). Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

(1) *L. 1. cod. de distraction. pignor.* (8. 28.), *l. 1.*, *l. Creditor.* 3. *cod. de pignorat. act.* (4. 24.)

(2) *L. Titia* 48. *ff. de solutionibus* (46. 3.)

(3) *D. l. 1. cod. de distraction. pign.*

(4) *D. l.* 48. *ff. de solutionib.*, *Ab-Eccles. d. observat.* 136. *num.* 3. ✠

§. 1489.

Si nullus inveniatur, qui pignus sub hasta positum emere velit justo pretio, creditor ipse potest illud emere, tamquam extraneus (§. 1487.): ex quo patet, nonnisi deficientibus aliis admitti creditorem, si jus Romanum inspiciamus (1): verum praxis, ait Ab-Ecclesia, observat, ut creditor possit cum aliis licitatoribus concurrere, et majus pretium offerre, si modo creditor non dicat, se velle suum creditum compensare, sed vere pretium offerat (2). Sane utilius est debitori, rem a creditore justo pretio emi, quam eidem dari in solutum cum lucro tertii: nec ulla apparet periculi ratio, cur creditor repellendus sit.

(1) *D. l. Cum in caussa* 2. *cod. si in caus. judicat. etc.* (8. 23.)

(2) *Ab-Eccles. observat.* 137. *num.* 2. *et* 3.

§. 1490.

Quinimmo potest creditor, qui petit, se immitti in possessionem bonorum debitoris, ut iis utatur, seu fructus percipiat, donec integrum debitum consecutus sit, deinceps variare, et petere, ut bona ponantur sub hasta, atque etiam offerre, non secus ac quilibet extraneus (1): potissimum si creditor actione hypothecaria munitus sit, eoque nomine in possessionem missus (2).

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 137. *num.* 7. ✠, *et num.* 8. *ad* 10.

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 11. ✠

§. 1491.

Si pignus judiciale sub hasta positum emptorem non invenerit, nec creditor emere velit pro rata sui crediti, pars pignoris in solutum ei datur (1) sed cum lucro tertii pluris (2): quod lucrum, si a creditore petitum fuerit, etiamsi judex de hoc expresse non pronunciaverit, attamen addicitur, utpote debitum vi legis municipalis (3).

(1) *L. ult. cod. si in causs. judicat. capt. sit* (8. 23.), *Ab-Eccles. observat.* 138. *num.* 1., 2., *et* 3.

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 4.

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 7. ✠

§. 1492.

Profecto, si pignora sub hasta fuerint creditori adjudicata, et deinceps evincantur, debitor de evictione tenetur (1); quod si fuerint alteri vendita, creditor, quo instante facta fuit subhastatio, emptori evictionem non praestat (2), sed debitor, cujus nomine venditio facta fuit (3).

(1) *L. Si Praedium* 4. *cod. de evictionib.* (8. 45.), *Ab-Eccles. d. observat.* 138. *num.* 9., *et* 10., *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 32. §. 54.

(2) *L.* 1. *cod. creditor. eviction. pign. non deber.* (8. 46.)

(3) *Argum. d. l.* 4. *in fin. Ab-Eccles. d. observat.* 138. *num.* 12.

§. 1493.

Fieri tamen potest, ut creditor de evictione teneatur: videlicet si eam sponte promiserit (1): vel si dolo malo, sciens rem alienam esse, attamen vendi postulaverit (2):

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22. vel etiam, si in ipso limine contractus immineat evictio; quo casu emptor creditori pretium solvere non tenetur, nisi caveat tam pro lite mota, quam pro alia movenda (3).

(1) *D. l.* 1., *et* 2. *cod. credit. evict. pign. non deber.* (8. 46.)

(2) *D. l.* 2. *in med.*

(3) *Ab-Eccles. d. observat.* 138. *num.* 15. ✠

§. 1494.

Neque creditor pignora sub hasta vendi postulans demonstrare tenetur, se creditorem priorem esse (1), quamvis probatio haec necessaria sit in pignore conventionali (2); quia in priore casu creditor judicis sententiam pro se habet, non in altero.

(1) *Ab-Eccles. dict. observation.* 138. *num.* 13.

(2) *D. l.* 1. *in fin. cod. creditor. eviction. pign. etc.* (8. 46.)

§. 1495.

Si creditor nec velit frui pignore, donec integrum debitum perceperit, nec emptor sub hasta inveniatur, ob dolum debitoris, nec creditor rem in solutum accipere velit, seu emptoris vice fungi, petere potest, ut jure dominii eadem res sibi addicatur (1): atque judex propria auctoritate dominium creditori tribuere valet; quin necessarium sit ad principis auctoritatem confugere (2).

(1) *L. ult. cod. si in caus. judicat.* (8. 23.), *Ab-Eccles. observat.* 139. *num.* 1.

(2) *D. l. ult. cod. si in caus. etc.*, *Ab-Eccles. d. observat.* 139. *num.* 2.

§. 1496.

Hoc tamen remedio, subjicit Ab-Ecclesia (1) post Fabrum (2), rarissime utuntur creditores: cum illis commodius sit pignora sub hasta distrahere, vel emere, seu petere, ut sibi in solutum dentur cum aestimatione tertii pluris, quod lucrum non conceditur, si dominii jure bona addicantur (3): praeterquamquod plures solemnitates praescriptae sunt, cum de jure dominii impetrando agitur (4).

(1) *Ab-Eccles. dict. observation.* 139. *num.* 3.

(2) *Fab. cod. de jur. domin. impetrand. lib.* 8. *tit.* 22. *defin. unic.*

(3) *Ab-Eccles. dict. num.* 3., *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 1. *quaest.* 58. *num.* 1.

(4) *V. l. ult. cod. jur. domin. interpretand.* (8. 34.)

§. 1497.

Haec partim ex jure Romano, partim ex usu in foro passim recepto disputavimus: eadem fere jurisprudentia apud nos praescripta est, sed magis accurata: videlicet cautum, ut odio debitoris, qui intra tempus a judice definitum creditori non satisfecerit, bona in caussam judicati capiantur, imprimis mobilia, quae pignore capi non prohibentur (1), et quae mere, et moderate necessaria non sunt ad usum quotidianum. Quod si res mobiles non habeat debitor, pignore capi possunt bona immobilia, nomina debitorum, aut census, prout creditor elegerit (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 32. §. 15., *et* 16., *quae autem pignore capi prohibentur mobilia, nisi in subsidium, in* §. *seq. explicatur; atque referuntur animalia, et instrumenta agris colendis necessaria, vel artis, quam debitor exercet: tegulae tectorum, et similia, trabes aedibus infixae, arbores solo inhaerentes, et generatim, quae exportari nequeunt, quin destruatur, vel deformetur fundus. V. Ab-Eccles. observat.* 145. *per tot.*

(2) *Reg. Constit. d.* §. 16.

§. 1498.

Deinde modus praescribitur, quo mobilia bona pignoris judicialis titulo ab executore capi debent (1): capta in locum tutum exportari jubentur (2): tum publice sub hasta vendi, eique addici, qui majus pretium offeret (3): sextae tamen partis pretii augmento permisso, si nondum a loco, quo sub hasta res positae fuerunt, exportatae sint (4).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 18. *ad* 24.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 25.
(3) *Ibid.* §. 26.
(4) *Ibid.* §. 27. *ad* 30.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 22.

§. 1499.

Si publice mobilia haec bona vel in totum, vel partim vendi non potuerint, creditori adjudicantur (1), deducta quarta pretii parte, quo fuerint aestimata, ex mercibus, animalibus, vel suppellectili; solo opificio ex auro, vel argento; decima vero ex frumento, vino, oleo, et similibus, quae ad victum pertinent (2): ita tamen, ut debitor intra biduum res publice venditas extraneis redimere possit, intra octo autem dies, si creditori fuerint adjudicatae (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 30.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 31.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 32., *et* 33.

§. 1500.

Quod si debitor intra statutum tempus pignora non redimat, haec dominii jure creditori, vel emptori addicuntur; atque, si quid reliquum ex pretio supersit, debitori restituitur (1). Cautiones modo allatae servari debent, cum egregia debiti quantitas est: quod si creditum, computatis sorte, usuris, et judicii expensis, summam centum librarum non excedat, creditori statim adjudicari possunt tot mobilia, praevia periti aestimatione, sed deducta pretii parte favore creditoris (2), prout modo diximus (§. praeced.): quinimmo tempus perficiendis subhastationibus brevius statuere potest judex si res distrahendae servari nequeant, vel venditio fiat, in caussam alimentorum, et similes (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 34.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 35.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 36.

§. 1501.

Haec de mobilibus: deinceps modus praescribitur, quo debitorum nomina in solutum creditori dentur: nimirum imprimis jubentur debitores, ne debitori solvant sine judicis decreto: tum, praesente debitore, nomina creditori in solutum dantur, deducta tamen decima pretii parte, si agatur de annuis reditibus, censibus, et similibus, quorum sors repeti non potest (1): quod si debitores, penes quos sequestratio decreta est, non repugnent, aut judicio se non sistant, hoc ipso censentur debere quantitatem sequestratione judiciali expressam (2).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 37.
(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 38.

§. 1502.

Si constet, mobilia penes debitorem non esse, aut aeri alieno dissolvendo non sufficere, omni actuum, et subhastationum solemnitate praetermissa, judex debitori mandat, ut statuto die compareat in loco, quo ipsius bona posita sunt, atque eo praesente bona creditori adjudicantur cum lucro tertii pluris (1). Sed si debitor ante litis contestationem tot bona creditori offerat ad formam authenticae Justinianeae (2): idest pecuniam non habens, nec bonorum emptore invito, creditori offerat bona sua meliora, dato fidejussore pro evictione; imprimis mobilia, vel his destitutus immobilia, sola favore creditoris quarta pretii pars detrahitur ex bonis immobilibus, octava ex mobilibus, vel semoventibus, vigesima ex annona, censibus, et annuis reditibus, licet beneficio laudatae authenticae quocumque modo renunciatum fuerit (3): nec ulla pretii imminutio fit, si bona creditori addicantur odio debitoris, cui competat beneficium, deducto, ne egeat (4).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 39., 40., *et* 41. *V. Ab-Eccles. observ.* 144. *per tot.*, *et observ.* 148.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

(2) *Auth. Hoc, nisi debitor post l. Eum, a quo* 16. *cod. de solutionib.* (8. 43.)

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 42.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 43.

§. 1503.

Si tertius possessor, aut debitor hypothecaria conventus jussus sit creditori bona pignorata dimittere, potest creditor pro arbitrio vel tot bona in solutum habere, vel ex fructibus consequi, quod sibi debetur (1): atque postremo casu judex fructuum annuum valorem in pecunia definire debet (2).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 44.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 45.

§. 1504.

Neque adjudicationi, aut oblationi bonorum in solutum obstat locatio eorumdem a debitore facta: immo creditor, si omnis ex parte debitoris absit fraus, locationi in triennium factae stare tenetur, non vero si in longius tempus praedia locata fuerint (1): atque bona creditori adjudicanda sunt, licet debitum excedant, si commodam periti judicio divisionem non patiantur: ea utique lege, ut, creditor, quod excedit, debitori solvat (2): vel sub hasta vendat, quod sibi debitum est, consecuturus (3).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 46.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 47.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 48., *Ab-Eccles. observ.* 146. *num.* 13. ✠

§. 1505.

Cum autem debitoris, nec non tertii possessoris conditio commiseratione digna sit (1), idcirco etiam post bonorum immobilium adjudicationem, vel dationem in solutum, anni spatium conceditur, intra quod praedium redimere potest; fructibus tamen in vicem usurarum creditori concessis (2); quod si neuter redimere valeat, facultas utrique competit intra idem tempus denuo bona sub hasta vendendi, ut ex redacto pretio creditori satisfiat (3): sed solum trium mensium spatium debitori, vel tertio possessori ad redimendum competit, si ex caussa tributorum adjudicatio facta sit (4).

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 49.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 50.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 51.

§. 1506.

Caeterum valida, nec immerito, decernitur bonorum adjudicatio etiam odio pupillorum, minorum, vel privilegio utentium (1): nec irrita fit, quoad debitam quantitatem, licet eam excedat (2); ne utile per inutile destruatur (3): atque, ut tutius debitori cautum sit, expressa subintelligitur specialis hypotheca favore debitoris in rebus creditori adjudicatis: quemadmodum salva sunt creditoribus jura omnia, si forte contingat, res adjudicatas evinci (4).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. 52.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 53., *Ab-Eccles. observat.* 146. *num.* 12., *ubi tamen loquitur de deliberamento: adjudicationem vero ultra debitum a judice factam, rigore juris inspecto, irritam putat observat.* 147. *per tot.*

(3) *L. Placuit* 29. *ff. de usur.* (22. 1.), *l.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 54.

§. 1507.

Postremo, ne ex imperitia eorum, qui bona aestimant, creditores, vel debitores damnum sentiant, opportune cavetur, ut periti ex officio electi ad bonorum aestimationem ineundam, vel ut sententiam suam proferant de rebus ad artem, quam exer-

cent, spectantibus, teneantur tum de dolo, tum de culpa, seu imperitia erga illos, quibus hinc damnum nasci contigerit (1).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 32. §. *ult.*

§. 1508.

Porro in aestimandis rebus sive mobilibus, sive immobilibus non singularis quorumdam affectionis, sed communis opinionis ratio habetur (1): debitor autem omnino moneri debet, ut praesens sit aestimationi, itaut alioquin nulla sit aestimatio (2): periti, seu aestimatores vel a partibus eliguntur, vel a judice ex officio; atque judex eligere debet eos, qui neutri parti auspecti sint (3): hodie sufficit apud nos unum eligi a judice (4).

(1) *Ab-Eccles. observat.* 140. *num.* 8., *et* 9. ✠

(2) *Reg. Constitut. d.* §. 39., *Ab-Eccles. observ.* 141. *num. ult.* ✠

(3) *Ab-Eccles. observ.* 142. *num.* 13. ✠

(4) *Reg. Constitut. d.* §. 41.

§. 1509.

Porro aestimatio peritorum, ait ex communi pragmaticorum sensu Ab-Ecclesia, potest re integra usque ad sententiam mutari, reformari, declarari, revocari, et corrigi ab ipsis aestimatoribus, vel a judice, vel ab aliis peritis, nisi aestimatio facta sit ab electis de consensu partium, vel relatio peritorum facta fuerit partibus praesentibus, tacentibus, et non contradicentibus: quo casu appellatio necessaria est; nec potest aliter retractari, nisi constet de errore manifesto (1).

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 142. *num.* 19.

§. 1510.

Si aestimatores non consentiant, judex litigantes cogere potest, ut tertium eligant: quod si litigantes nec in tertium consentiant, judex ex officio eum eligere potest: hic autem solus aestimare nequit, sed tenetur cum altero ex duobus convenire; nisi forte judex decreverit, ut solus aestimet (1): aliquando etiam, subjicit Ab-Ecclesia, Senatus, omisso judicio peritorum a partibus electorum, et dissentientium, ex officio duos alios eligit, qui neutri parti sint suspecti (2): quod si aestimatores omnino inter se convenire nequeant, judex mediam eligit viam (3).

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 142. *num.* 10., 11., *et* 12.

(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 13. ✠

(3) *Ab-Eccles. ibid. numer.* 14., *et seqq.*

§. 1511.

Is quoque, qui male executus sit judicatum, puta qui coeperit animalia agris colendis distinata (1), expensas ab adversario factas, et quod adversarii interest, solvere tenetur, licet res nondum distractae fuerint (2): itaut alioquin justam animalium aestimationem praestare debeat, si perierint, etiam sine dolo, aut culpa sua; quin excusare se possit eo praetextu, quod aeque peritura fuissent apud debitorem, cum praesumptio haec facile non sit admittenda favore ejus, qui sub juris auctoritate injuriam commentus est, adversus debitorem, qui forte rem antea fuisset distracturus (3).

(1) *V.* §. 1497. *alleg.* 1.

(2) *Fab. cod. hoc tit. de praetor. pign. lib.* 8. *tit.* 12. *def.* 1. *in princ.*

(3) *Fab. d. def.* 1. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

§. 1512.

Non consentiunt pragmatici, utrum hypotheca odio debitoris tacite contrahatur a die sententiae condemnationis, an dumtaxat a die executionis. Neque praetorium, neque judiciale pignus contrahi per solam sententiam, sed tantum per executionem, praeterquam favore fisci, tradit Faber (1); atque ita plane tradunt Romanae leges, ex quibus non aliter contrahitur hypotheca, praeterquam si creditor in possessionem

Inst. l. 3 tit. 15 ff. l. 20. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 22.

missus fuerit (§. 1480.). Excipitur fiscus, cui ex die condemnationis acquiritur hypotheca in bonis condemnati (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 12. *definit.* 3.

(2) *L. Post contractum* 15. *ff. de donationibus* (39. 5.), *in qua delendam esse particulam* non *alibi monuimus, prout fatentur omnes, et legis sensus omnino desiderat.*

§. 1513.

Verum apud nos jamdudum (1) placuit decernere, ut bona debitoris obligata, et pignorata intelligantur favore creditoris pro omni, et quocumque credito, etiamsi natura sua hypothecarium non sit, quoties debitor ad illud solvendum condemnatus est: atque hypotheca contracta censetur ab eo die, quo judicis sententia, aut decretum publicatum fuerit (2).

(1) *V. Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 85. *num.* 1.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 23. §. 18.

§. 1514.

Disputat Thesaurus, utrum sanctio haec legis municipalis complectatur spontaneas condemnationes, cum videlicet sponte apud acta confitetur quis, se debitorem esse, et solutionem spondet: atque refert, negantium sententiam placuisse Senatui (1); tum quia debitor, et creditor facile colludere possent in necem tertii possessoris; tum quia lex haec, utpote a jure communi aliena, stricte explicanda est: nisi jam ad executionem progressum sit, vel spontanea condemnatio post litis contestationem secuta fuerit (2).

(1) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 85. *num.* 2. ✠

(2) *Thesaur. d. num.* 2. ✠

§. 1515.

Eodem fundamento, videlicet legis singularis facile extra praefinitos limites nentiquam extendendae, traditur, eam non pertinere ad condemnationem in contumacia ex fictis probationibus factam, seu ex ficta confessione, quam contumacia inducere censetur (1): nec ad alia bona, quam ipsius debitoris condemnati, itaut sententia contumacialis lata adversus cohaeredem non det hypothecam in bonis defuncti in odium creditorum ejusdem defuncti (2).

(1) *Sola de executionib. caussar. action. personal. Glos.* 4. *num.* 8., *et* 9. *pag. mihi* 432.

(2) *L. Quod vero* 14., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.), *junct. l. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1516.

Eadem, qua superius (§. 1514.) occasione, quaesitum fuit, utrum jus hypothecae legalis competeret mulieri, quae obtinuerat ab Archiepiscopo Taurinensi sententiam, vi cujus quidam condemnatus fuerat ad illam dotandam: cum autem hypotheca haec jure communi non contrahatur (§. 1509.), idcirco municipale jus ad sententias judicum ecclesiasticorum protrahendum non esse visum fuit (1): quia tamen posterior creditor hypothecarius debitorem nondum excusserat, censuerunt patres, sententiam executioni demandandam esse, nec molestandam mulierem, donec facta fuisset super bonis debitoris totalis excussio (2).

(1) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 85. *num.* 8. ✠

(2) *Thesaur. d. num.* 9. *in fin.*

§. 1517.

Caeterum lex municipalis, quae a die judicialis condemnationis hypothecam tribuit creditori, locum habet etiam odio mulieris, quae dotem marito dederit post sententiam (1): quia lex generalis est, adeoque generatim sine ulla exceptione intelligi debet (2).

(1) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 85. *num. ult.* ✠

(2) *L. De pretio* 8. *ff. de publician. in rem action.* (6. 2.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1518.

Quinimmo passim apud pragmaticos receptum tradit Faber, ut, quoties agitur ex chirographo, omnia debitoris bona obligata intelligantur ex eo die, quo super chirographi veritate lis contestata est inter praesentes: vel, absente per contumaciam debitore, pronunciatum fuit, chirographum verum esse (1): quod et protractum ad obligationes, quae ex litteris, seu epistolis inducuntur (2); cum epistolae propria debitoris manu scriptae, vel subscriptae chirographi nomine contineantur. Jurisprudentia haec fere apud nos probata est, quippe de hypotheca generali bonorum tacite convenisse intelliguntur contrahentes, cum non tantum instrumento, sed etiam privata scriptura, quoties ita permittitur, negotia gesserint (3), ut supra monuimus (§. 1476.)

(1) *Fab. cod. in quib. caus. pign. etc. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 8.

(2) *Fab. ibid. defin.* 9.

(3) *Reg. Constitution. lib.* 5. *tit.* 16. §. 8.

CAPUT IV.

Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligation., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 4. } *Qui potior. in pign. etc.*
Cod. lib. 8. tit. 18. }

SUMMARIA.

Creditorum omnium non aequalis est conditio. §. 1519.

Creditores hypothecarii generatim praeferuntur chirographariis, etiam privilegio munitis, et tempore prioribus. §. 1520.

Referuntur quaedam exempla, quibus creditores chirographarii hypothecariis praeferuntur. §. 1521.

Impensae erogatae in confectionem inventarii, testamenti insinuationem, judicium concursus, et similes praelationis jure gaudent. §. 1522.

Qui res suas vindicant, omnibus praeferuntur, si res adhuc extent. §. 1523.

Quid de re deposita, nec clausa, nec obsignata; vel de auro, quod fabro datum sit, ut vasa conficiantur? §. 1524.

Depositarii praeferuntur caeteris creditoribus chirographariis in pecunia penes nummularios deposita. §. 1525., *et* 1526.

Sumptus necessario facti aeris alieni loco habentur. §. 1527.

Creditores, qui passi sint bona sua tamquam aliena publice vendi, nullo praelationis jure gaudent in pretio; nisi justa aliqua caussa eos excuset. §. 1528., *et* 1529.

Afferuntur distinctiones adhibendae, cum quaeritur de jure creditorum hypothecariorum inter se. §. 1530.

§. 1519.

Si debitor suo tempore non solvat, creditori hypothecario licet rem pignoratam persequi, sive apud debitorem ipsum sit, sive a tertio possideatur (1): sed, quia saepe contingit, ut eadem res pluribus obligata sit, idcirco expendendum, quorum potior sit caussa, seu qui creditores inter plures contendentes praeferri debeant.

(1) *L. Si fundus* 16. §. *In vindicatione* 3., *l. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Debitorem* 15. *cod. eod. tit.* (8. 14.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1520.

Generalis in hac re regula statui debet, creditores hypothecarios praeferri chirographariis, etiam privilegio munitis, in bonis obligatis (1); quamvis chirographarii tempore priores sint; quia creditores hypothecarii jus in re habent, ut modo diximus (§. praeced.), quo carent chirographarii. Si autem concurrant chirographarii inter se, nullum habent privilegium temporis, nec ratione quantitatis, sed caussae (2).

(1) *L. Eos, qui* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Privilegia* 32. *ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* (42. 5.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 7. *tit.* 32. *definit.* 3., *et de jur. deliberand. lib.* 6. *tit.* 11. *definit.* 14.

§. 1521.

Haec tamen regula quasdam habet exceptiones: imprimis potior est caussa creditoris chirographarii, qui pecuniam crediderit in rei distrahendae proscriptionem, venditionem, et traditionem (1): vel curatoris bonis dati, aut executoris, qui impenderint in rei conservationem; vel creditoris pro impensis erogatis ad impetrandum judiciale decretum (2); quia aeris alieni loco habentur hujusmodi impensae: quod omnino deduci debet, antequam patrimonii ratio ineatur (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 16., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 7.

(2) *Argum. L. Si hominem* 7. §. *ult.*, *junct. l.* 8. *ff. depositi* (16. 3.)

(3) *D. l.* 8., *l. Quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

§. 1522.

Eodem privilegio gaudent impensae erogatae in confectionem inventarii, testamenti insinuationem, vel in alias necessarias caussas haereditatis, non secus ac impensae judicii concursus, ut ajunt, creditorum, quae immo caeteris potiores sunt (1): vel funus defuncti (2); quia tum priores (3), tum impensae funeris aeris alieni loco sunt (4), quod patrimonium debitoris non auget (5).

(1) *L. ult.* §. *In computatione* 9. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

(2) *D. l. ult.* §. 9. *in princip.*, *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 26.

(3) *Argum. d. l.* 8. *ff. depositi* (16. 3.), *d. l.* 72. *ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(4) *L. Impensa* 18., *l. penult. ff. de religios.*, *et sumptib. funer.* (11. 7.)

(5) *L. Subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verbor. significat.*

§. 1523.

Vix monendum, creditoribus omnibus anteferri eos, qui res suas a debitore vindicant jure dominii: puta, qui easdem creditori commodarunt, precario concesserunt, apud eumdem deposuerunt, pignori dederunt, et his similes; quippequae in patrimonio debitoris non sunt, adeoque creditoribus adjudicari nequeunt: utique si res adhuc extent; sed si commodatarius, depositarius, aliique similes bona deposita, vel commodata alienaverint, ita ut amplius inveniri nequeant, nec deponentes, nec commodantes, nec similes ullo utuntur privilegio; cum immo inter solos chirographarios creditores locum sint habituri sive pro pretio rerum, sive pro refectione damni, quod rebus commodatis, vel depositis ex commodatarii, vel depositarii culpa contigerit (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 13. *fer. in princip.*

§. 1524.

Immo, quod modo diximus de re deposita, in eo tantum casu obtinet, quo res ipsa omnino restitui debeat; si enim nec clausa, nec obsignata depositario tradita fuerit, cum dominium ei quaesitum sit (1), deponens caeteris creditoribus chirographariis prior non est: atque idem plane dicendum tradit Alphenus, si aurum fabro datum sit, ut vasa conficiantur: quia dominium translatum in fabrum videatur (2): excipi tamen debet casus, quo dominus fabro expresse mandaverit, ut ex dato auro, non ex alio, vasa conficiantur. Nec ullum domino rei furto ablatae privilegium in caeteris furis bonis concessum apparet.

(1) *L. In navem* 31. *ff. locati* (19. 2.), *l. Lucius Titius* 24. *ff. depositi* (16. 3.) Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.
(2) *D. l.* 31. *in med. ff. locat.*

§. 1525.

Receptum tamen docet Ulpianus, ut, si nummularii foro cedant, primo loco habeatur ratio depositariorum (dummodo pecunia foenori apud nummularios non sit) ante caeteros creditores chirographarios etiam privilegio munitos (1); non vero hypothecarios: cum autem singulari ratione *propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica hoc receptum sit* (2) ad alios casus extendi non debet (3); ut perperam aliqui contendunt (4). Non autem spectatur ordo temporis, quo plures deposuerunt, sed omnes simul admittuntur (5).

(1) *L. Si hominem* 7. §. *Quoties* 2. *ff. depositi* (16. 3.)
(2) *L. Quod privilegium* 8. *ff. eod. tit.*
(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 14.
(4) *L. Quod vero* 14., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.)
(5) *D. l.* 7. §. *ult. ff. deposit.*

§. 1526.

Neque aliud eruitur ex iis, quae alibi tradit idem Ulpianus; *in bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum caussam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt* (1): etenim sibi invicem apte conciliatur, si dicamus, in priore textu, quo depositarios privilegiatis creditoribus anteponit (2), de minoribus privilegiis loqui, in posteriore vero de majoribus, puta quae conceduntur illis, qui in defuncti funus, testamenti insinuationem, et inventarii confectionem impenderunt (§. 1522.); cum isti, quatenus salva bona esse fecerunt, caeteris omnibus praeferri debeant (3).

(1) *L. Si ventri* 24. §. *In bonis* 2. *ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.)
(2) *D. l. Si hominem* 7. §. *Quoties* 2. *ff. depositi* (16. 3.)
(3) *Argum. L. Interdum* 5., *junct. l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 1527.

Quare Papinianus agens de hoc deponentium apud nummularios privilegio statim subjicit: *sumptus caussa, qui necessarie factus est, semper praecedi* (1): atque rationem subjicit: *nam, deducto eo, bonorum calculus subduci solet* (2): idest hujusmodi sumptus aeris plane alieni loco habetur, qui deduci debet, priusquam patrimonii calculus ineatur (§. 1521., et 1522.)

(1) *D. l. Quod privilegium* 8. *ff. deposit.* (16. 3.)
(2) *D. l.* 8. *in fin.*

§. 1528.

Quaerunt interpretes, an domini, qui passi sint, res suas tamquam ad alium spectantes publice sub hasta vendi, atque emptoribus tradi, potiores sint caeteris creditoribus in pretio inde redacto, quasi pretium successerit loco rei: atque vulgo placet distinctio, utrum justa aliqua caussa eos excuset, quominus huic publicae venditioni intercederent, nec ne; in primo casu, puta si minores aetate essent, vel tunc abessent, vel venditionem ignorarent, vel aliam justam caussam non intercedendi haberent, ex qua praetor non tantum minores (1), sed etiam majores in integrum restituit (2); cum possint obtinere, ut venditio rescindatur, et ita rem suam recipiant, potiori ratione praeferri debent caeteris in ejus pretio, si fidem hastae fiscalis convellere nolint (3).

(1) *L.* 1., *et passim ff. de minorib.* (4. 4.)
(2) *Ut constat ex lib.* 4. *tit.* 6. *ff. ex quib. caus. major. in integr. restitut.*
(3) *V. l.* 1. *cod. de fide, et jure hastae fiscalis* (10. 3.)

§. 1529.

In altero autem casu, quo nulla suppetat ex enumeratis, vel similibus excusationis caussa, nullo speciali privilegio uti aequum est, sed cum caeteris chirographariis cre-

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 20. tit. 4 Cod. l. 8. tit. 18.

ditoribus concurrent: non tamen apud nos a jure suo excidunt; tametsi post latam in judicio concursus praelationis creditorum sententiam de jure suo experiantur, prout generatim tradit Voet (2): sed, firma manente graduationis, ut ajunt, sententia, in alio judicio adversus communem debitorem agere possunt (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 20. tit. 4. num. 15. in fin.*

(2) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 33. §. 20., et 21.*

§. 1530.

Hactenus dicta pertinent ad creditores chirographarios, quod si quaestio sit inter hypothecarios, interest, an quidam ex bis singulari aliquo praelationis privilegio muniti sint, nec ne: si creditores hypothecarii, et privilegiati inter se concurrant, rursus inspiciendum, an omnes eodem privilegio gaudeant, an favorabilius sit unius privilegium prae altero. Seorsim perspicuitatis caussa dicemus primum de creditoribus hypothecariis privilegio munitis, tum de aliis, quibus leges speciale privilegium non concesserunt.

Sectio I.

Qui potiores ex caussae privilegio in pignore, vel hypotheca sint.

SUMMARIA.

Creditor favorabiliori privilegio munitus praefertur alteri, cujus privilegium minus favorabile sit. §. 1531.

Quid si utrumque privilegium aequale sit? §. 1532.

Ex creditoribus alii privilegium habent in quibusdam bonis debitoris, alii generatim in omnibus. §. 1533.

Hypothecae specialis plerumque major vis est, quam generalis. §. 1534.

Creditor prior generali hypotheca munitus praefertur posteriori specialem habenti. §. 1535., *et* 1536.

Hypothecae specialis excussio plerumque fieri debet, antequam bona generatim obligata creditor persequatur. §. 1537.

Debitor objicere non potest excussionem specialis hypothecae: sicut nec tertii possessores, aut emptores. §. 1538.

Hypotheca specialis generali non derogat, si ita conventum sit. §. 1539.

Qui pecuniam credidit in emendam militiam, potior est omnibus creditoribus, si ita convenerit. §. 1540.

Idem jus competit creditoribus, qui pecuniam crediderint in emptionem rei immobilis. §. 1541.

Quid de mutuantibus in refectionem, aut extructionem aedium, et similibus. §. 1542.

Praelatio venditoris non extenditur ad pretium rei venditae. §. 1543.

Quid si debitor condemnatus ante sententiae executionem vendat bona sibi in diem debita? §. 1544.

Mulier ex caussa dotis omnibus fere creditoribus praefertur. §. 1545.

An idem privilegium competat haeredibus mulieris? §. 1546.

Mulier pro augmento hypothecam habet, sed sine praelatione. Quid de bonis paraphernalibus, atque expensis litis ad dotem tuendam factis? §. 1547.

Quid si maritus mulieri legatum reliquerit, eaque simul dotem habere velit? §. 1548.

Mulieri obstat exceptio excutiendae specialis hypothecae. §. 1549.

Quid si mulier anteriore jure reperiatur in possessione pignorum dotalium? §. 1550.

Fiscus ex caussa primipilari caeteris creditoribus etiam anterioribus, atque mulieri ex caussa dotis praefertur. §. 1551., *et* 1552.

Leges generales posteriores non censentur abrogare antiquas speciales. §. 1553. Inst. l. 3. tit. 15
Jus de caussa primipilari latum complectitur eos, qui stipendia militum in castris procurant. §. 1554. ff. l. 20. tit. 4.
An fiscus mulieri praeferatur ex caussa tributorum personalium? §. 1555. Cod. l. 8. tit. 18.
Fiscus mulieri praefertur potissimum pro tributis realibus. §. 1556., *et* 1557.
Fiscus mulieri praefertur, si prius contraxerit, quam mulieri quaesita sit hypotheca dotalis. §. 1558., *et* 1559.

§. 1531.

Si concurrant duo creditores privilegio utentes, sed quorum unum favorabilius sit, hoc alteri praefertur: puta mulieri dotem repetenti praefertur, qui emendae militiae caussa marito mutuam pecuniam crediderit, dummodo in scriptis ita sibi stipulatus sit (1): aliis vero potior est mulier, licet et privilegio donati sint; veluti illis, quorum pecunia res emptae, aut refectae fuerunt, si tempore posteriores sint (2), prout innuit Justinianus: quamquam aliqui putant, mulierem et his anteferri, licet priores sint: apud nos dos hisce creditoribus cedit (3).

(1) *Novell.* 97. *cap. Quia vero* 4., *Auth. Quo jure post l. ult. cod. hoc tit.*
(2) *D. Novell.* 97. *cap. His consequens* 3., *d. Auth. Quo jure cod. hoc tit.*
(3) *V. Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 6. §. 4.

§. 1532.

Quod si simul certent duo creditores hypothecarii eodem privilegio muniti, cessat privilegium, atque redit jus commune, ex quo prior tempore, potior est jure (1): puta duae mulieres dotem repetentes (2). Quare Paulus, cum ait, privilegia creditorum non ex tempore, sed ex caussa aestimari (3), de chirographariis intelligendus est, de quibus in eo titulo agitur.

(1) *L. Potior est* 11. *ff. hoc tit.*, *l. Si decreto* 2. *cod. hoc tit.*
(2) *L. ult.* §. 1. *in fin. cod. hoc tit.*
(3) *L. Privilegia* 32. *ff. de rebus auctoritat. judic. possid.* (42. 5.)

§. 1533.

Hisce generatim praemissis, investigandum est, quibus speciatim creditoribus hypothecariis competat privilegium, seu praelatio: atque primis animadvertendum, quosdam esse creditores, qui non in omnibus bonis, sed in quibusdam tantum hypotheca, et privilegio gaudent, puta qui in rem emendam, vel restaurandam crediderunt, vel impenderunt (1): alios vero, quibus hypotheca, et privilegium in omnibus debitoris bonis data est, puta mulieribus dotem repetentibus (2).

(1) *D. Novell.* 97. *cap. His consequens* 3. *in princip.*
(2) *D. Novell.* 97. *cap.* 3. *in med.*, *d. l. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*

§. 1534.

Praeterea observandum, majorem saepe esse vim specialis hypothecae, potissimum si haec privilegio simul munita sit, quam generalis; ex trito juris axiomate, quo generi per speciem, non contra derogatur (1). Sed assertio haec fusiori indiget explanatione. Si ergo fingamus, duos esse creditores, quorum unus specialem hypothecam in quibusdam debitoris bonis habeat, alter generalem in omnibus, interest, an ille solam specialem habeat, an generali quoque gaudeat praeter specialem.

(1) *L. Si fundus* 16. §. *In vendicatione* 3. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Debitorem* 15. *cod. eod. tit.* (8. 14.)

§. 1535.

Si unus creditor specialem tantummodo habeat hypothecam, et tempore prior sit, non dubium, quominus alteri posteriori generalem habenti praeferatur ex ipsa pignoris indole, quae rem afficit (1): quod si tempore sit posterior, videndum, an is, qui generalem habet hypothecam, speciali quoque fruatur, prout aliquando contingit,

Inst l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit 4. Cod l. 8. tit 18

nimirum creditores curant, rem quamdam speciatim pro debito obligari, tum subjiciunt generalem in omnibus debitoris bonis hypothecam; an generali tantum hypotheca sibi prospexerit.

(1) *L. Potior est* 11. *ff. hoc tit.*, *l. Si decreto* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1536.

Cum Titius creditor tempore prior generali tantum hypotheca munitus est, Cajo autem posteriori res singularis, puta domus Semproniana est obligata, Cajus impedire non potest, quominus Titius jure suo utatur etiam in re sibi speciatim devincta, licet ex aliis bonis suum consequi valeat (1); etenim jus priori creditori in rebus omnibus quaesitum per specialem posterioris conventionem auferri non potuit.

(1) *L. Qui generaliter* 2. *ff. hoc tit.*, *l. Si generaliter* 6. *cod. hoc tit.*

§. 1537.

Idem ex rationis identitate dicendum, cum Titius primus creditor tum generalem, tum specialem in quadam re hypothecam conventione sibi quaesierit, si strictum jus inspiciamus (1): sed ex aequitate ita rem temperare placuit, ut specialis hypothecae excussio imprimis facienda sit, nec aliter ad caetera bona generatim obligata venire liceat, praeterquamsi specialis hypotheca non sufficiat (2). Quamquam putat Faber, licere creditori, qui per clausulam constituti sibi prospexit (quaeque apud nos tacite subintelligitur (3)), possessionem ex Justiniani lege (4) condicere (5): quod tamen odio posterioris creditoris vix ferendum videtur (6). Sane specialis hypothecae excussio necessaria non est, si prior creditor sit in possessione bonorum (7).

(1) *L. Quamvis constet* 2. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

(2) *D. l.* 2. *cod. de pignorib.*, *d. l. Qui generaliter* 2. *in fin. ff. hoc tit.*, *in qua pro* generaliter *legendum monent eruditi* specialiter: *alii tamen malunt legere* certa *pro* caetera, *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 8.

(3) *Reg. Constitution. lib.* 5. *tit.* 16. §. 8.

(4) *L. ult. cod. de acquirend. possession.* (7. 32.)

(5) *Fab. dict. definit.* 8. *num.* 3. *in corp.*

(6) *Argument. dict. l.* 2. *cod. de pignorib.*

(7) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 37.

§. 1538.

Cum specialis hypothecae excussio praecipiatur favore creditoris posterioris (1), sponte sequitur, non audiendum debitorem, qui eam postulet, dum creditores caeteri non obstant; quemadmodum nec tertios possessores bonorum generaliter obligatorum, qui creditores speciali hypotheca muniti non sint (2): nec emptores, licet sub hasta emerint (3).

(1) *D. l. Quamvis constet* 2. *cod. de pignor.* (8. 14.)

(2) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 9.

(3) *Fab. cod. eod. tit. defin.* 10.

§. 1539.

Potest etiam creditor, generali, et speciali hypotheca instructus, efficere, ut sibi liceat, bona extra specialem hypothecam constituta persequi, si nempe expresse caveat, prout plerumque in contractibus adjici solet, ne specialis hypotheca generali deroget (1).

(1) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *d. definit.* 8. *num.* 2. *in corp.*, *Osasc. decis.* 159. *num. ult.* ✠, *Voet in Pandect. eod. tit. lib.* 20. *tit.* 1. *num.* 15. *in fin.*

§. 1540.

Explicatis juribus, quae competunt creditoribus generalem, vel specialem hypothecam habentibus, imprimis ducimus enumeranda exempla creditorum, qui privilegio gaudent in certa re. Jus specialis praelationis datum est creditori, qui mutuam dederit pecuniam in militiam emendam, etiam odio mulieris anterioris, dummodo expresso

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18

pacto in scriptis ita sibi prospexerit, seu convenerit, ut caeteris potior sit (1): quod singulari militiae favore inductum fuit (2): cum autem jus hoc singulare omnino sit, ad alia officia non videtur protrahendum (3).

(1) *Novell.* 97. *cap. Quia vero* 4., *V. supra* §. 1531.

(2) *L. Quod adipiscendae* 40., *et seqq. ff. de donationibus inter vir., et uxor.* (24. 1.)

(3) *L. Quod vero* 14., *et seqq. ff. de legibus* (1. 3.)

§. 1541.

Altera hypothecae privilegiatae species inducta est favore illorum, qui pecuniam crediderunt in emptionem alicujus rei immobilis; dummodo expresse convenerint de hypotheca (1), quippequam jure quidem regio tacitam habent, non autem Romano, nisi impuberes sint (§. 1466.); hypotheca vero apud nos gaudent cum praelatione caeteris creditoribus etiam anterioribus in re comparata, illis tamen exceptis, qui in rem conservandam, vel reficiendam impenderint (§. 1466.): jure autem Romano, posito hypothecae pacto, potiores sunt caeteris creditoribus, non vero muliere dotem repetente (2): quamquam haec pro mulieribus Justiniani sanctio usu fori non probatur, cum mulier tantum praeferatur creditoribus prioribus tacitam, non vero expressam hypothecam habentibus (§. 1456.)

(1) *L. Licet iisdem* 7. *cod. hoc tit.*

(2) *D. Novell.* 97. *cap. His consequens* 3.

§. 1542.

Praeterea specialem cum praelatione hypothecam habent, ut modo innuimus (§. praeced.), qui crediderunt in refectionem aedium (1): immo et usu fori in novae extructionem (§. 1473.): atque idem dicendum de venditore in re vendita, non soluto ab emptore pretio (§. 1464.), etiam Romano jure inspecto, prout quidam putant, si venditor expressa conventione jus hypothecae sibi quaesierit (2): jure autem Regio mulieri ipsi dotem repetenti, et fisco praefertur (3): de domino directo in fundo emphyteuticario pro canone (4), et creditore in fundo censuali (5): nec non de eo, qui emit fundum conditione adjecta, ut pretium impendatur ad reficiendam domum, si fundus evincantur (6); quia et in domus refectionem impedisse videtur.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 10., *V. supra* §. 1468.

(2) *Argum. l. Licet iisdem* 7. *codic. hoc tit.*

(3) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. §. 2.

(4) *L. Etiam superficies* 15. *ff. hoc titul.*

(5) *Argum. l. Lex vectigali* 31. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(6) *Fab. cod. de his, qui in prior. creditor. loc. succed. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 9.

§. 1543.

Jus tamen pignoris, et praelationis sive expresse exceptum, sive tacite quaesitum in re vendita non extenditur ad ejusdem pretium, si ea per emptorem deinceps vendita fuerit (1). Quod si fingamus, inter emptorem, et venditorem convenisse, ut res empta sit pignorata creditori emptoris, creditor hic caeteris etiam anterioribus praeferri in hac re debet, quemadmodum praeferretur ipse venditor (2); qui potuit, rem suam tradendo, legem, quam maluit, dicere (3).

(1) *L. Idemque* 7. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 26.

(2) *Argum. dict. l. Licet iisdem* 7. *cod. hoc tit.*, *Merlin. de pignorib. lib.* 4. *quaest.* 23.

(3) *L. In traditionibus* 48. *ff. de pact.* (2. 14.), *l. Ob res quoque donatas* 20. §. 1. *ff. de pact. dotalib.* (23. 4.)

§. 1544.

Si debitor ad solvendum condemnatus ante sententiae executionem bona quaedam vendat, sibi in diem, qui nondum venit, debita, actorem, seu creditorem emptori praeferendum, putat Faber (1), quia venditio haec tantum actionis utilis fuisset (directa

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8 tit. 18.

apud venditorem remanente), quam in alium transferre potuisset, nisi emptor debitori venditoris prius denunciasset, quam creditor, cujus favore judex pronunciaverat (2).

(1) *Fab. cod. si in causs. judic. etc. lib.* 8. *tit.* 13. *definit. ult. num.* 3., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. d. definit. ult. num.* 4., *et seqq. in corp.*

§. 1545.

Hactenus exposita pertinent ad privilegium hypothecae, quae in re certa constituta sit. Sequitur disquisitio de hypothecis generalibus privilegio munitis: atque imprimis se se offert privilegiata mulieris dotem repetentis hypotheca, quippequae praefertur caeteris creditoribus etiam tempore anterioribus, solo excepto creditore, qui in militiam emendam crediderit (§. 1531.): ex jure quidem Romano, licet creditores priores expressa hypotheca muniti sint (1); usu vero fori sanctio haec juris Romani ita temperata est, ut mulier potior tantummodo habeatur illis, qui tacitam a lege hypothecam habent (2), atque etiam placuit, legatum pro anima relictum favorabilius esse legato dotis (3). An mulier fisco praeferatur, an contra, infra expendimus, ubi de privilegiis fisci.

(1) *L. Assiduis* 12. §. 1. *codic. hoc tit.*, *d. Novell.* 97. *cap. His consequens* 3.

(2) *V. Tom. V. pag.* 66. §. 219.

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 22.

§. 1546.

Hoc autem privilegium etiam mulieris haeredibus favet, si descendentes sint, non extranei (1): nisi mulieris haeredibus ex pacto expresso dos restitui debeat, vel maritus mulieri praemortuus sit (2): cessionarius etiam hoc privilegio uti potest, nec non creditor mulieris, quae pignus dotale pignori dederit (3): si duae mulieres dotem repetentes concurrant, prior tempore potior est jure: nisi prior successerit ei, qui utramque dotem restituere debet, nec beneficium inventarii imploraverit (4): atque idem dicendum, si mulier concurrat cum fisco, cui maritus debeat (5): nisi de caussa primipilari agatur (6). Excipitur caussa venditoris, qui in re vendita, cujus pretium solutum non est, omnibus omnino creditoribus praefertur (7). Caetera, quae ad hanc rem pertinent, alibi fuse pertractavimus (8). Sane dos aucta constante matrimonio non habet privilegium temporis ex die prioris dotis constitutae, nisi mulier ab initio bona etiam futura in dotem constituerit (9).

(1) *D. Tom. V. pag.* 64. §. 208., *et* 209.

(2) *Ibid.* §. 210., *et* 211.

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 9.

(4) *Ibid.* §. 212., *et* 213.

(5) *Ibid.* §. 215.

(6) *Ibid.* §. 216.

(7) *Ibid.* §. 224.

(8) *Vid. dict. Tom. V.* §. 183. *ad* 262.

(9) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pig. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 15.

§. 1547.

Licet autem mulieri pro augmento dotis hypotheca competat, non tamen praelatio, quam aperte denegat Justinianus (1): idem est de bonis paraphernalibus, seu extra dotem constitutis: nimirum, si maritus ex consensu uxoris ea administret, hypothecam habet mulier in bonis mariti, non privilegium (2): quod tamen ex Sabaudi Senatus placito mulieri competit pro expensis litis ad tuendam dotem ab uxore inconsulto, sed absque dolo institutae (3).

(1) *L. ult.* §. *penult. ff. hoc tit.*, *V. dict. Tom. V. pag.* 74. §. 252. *ad.* 255.

(2) *Dict. l. ultim.* §. *penultim.*, *V. dict. Tom. V. pag.* 75. §. 256. *ad* 260.

(3) *Fab. cod. de jur. dot. lib.* 5. *tit.* 7. *definit.* 13., *V. ibid.* §. 267.

§. 1548.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Quaedam in hac re supersunt animadvertenda. 1. Mulier, cui maritus usumfructum omnium bonorum reliquerit, si actione quasi Serviana, seu hypothecaria conveniatur a creditoribus mariti, praetextu dotalis hypothecae etiam anterioris, creditores repellere non potest, nisi legatum repudiet (1); quia aes alienum ante legata solvi debet; atque ad hoc exsolvendum usufructuarius pati cogitur, ut bona haereditaria distrahantur, atque ita ususfructus minuatur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 3.

(2) *L. ult. ff. de usu, et usufruct. legat.* (33. 2.), *Fab. dict. definit.* 3. *in fin.*

§. 1549.

2. Quod supra diximus, excussionem specialis hypothecae necessariam non esse, cum creditor positus est in possessione bonorum (§. 1537.), exceptionem habet in eo casu, quo alii creditores possessionem avocare possint; vel condictione ex lege Justinianea, vel alio quovis remedio, etiamsi mulier ipsa possideat (1): quippequae ab onere excutiendae specialis hypothecae immunis non est (2): cum autem a creditore possidente avocari possessio potest, jure inspecto, possidere non videtur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 17. *num.* 2. *in corp.*

(2) *Fab. d. definit.* 17. *in princip., cum a generali regula non inveniatur excepta.*

§. 1550.

Quod si mulier anteriore jure reperiatur in possessione pignorum dotalium, quamvis habeat, unde possit sibi satisfacere, attamen, ait Faber, impedire potest, ne creditor posterior aliquid ex bonis capiat, nisi hic mulieri dotem cum suis accessionibus offerat, vel nisi creditor petat omnia pignora distrahi; quod mulier pati cogitur ex sententia pragmaticorum, ea utique lege, ut ei primo loco satisfiat (1). Nec aliud dicendum, tametsi mulier res mariti amovisse dicatur (2); cum nec dotis retentio ex hac caussa permittatur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 20. *in princ.*

(2) *Fab. d. definit.* 20. *num.* 3. *in corp.*

(3) *L. unic.* §. *Taceat* 5. *cod. de rei uxor. action.* (5. 13.)

§. 1551.

Quod ad fiscum pertinet, apud omnes constat, eum tacitae hypothecae jure gaudere, tum in bonis eorum, qui res fiscales administrant, tum in bonis eorum, cum quibus contraxit, tum in bonis civium pro tributis ordinariis, vel extra ordinem impositis (1): non tamen pro mulctis, et poenis in bonis delinquentium (§. 1453.), etiam post condemnationem (§. 1454.): quod si succedat in locum privati, pro tempore praeterito utitur privatorum jure, pro futuro autem privilegio suo (§. 1455.)

(1) *V. supra* §. 1447., *ad* 1452.

§. 1552.

Sed difficilior est quaestio de praelatione, an, et quatenus ea gaudeat adversus creditores anteriores, potissimum privilegiatos. Si fiscus agat ex caussa primipilari, plerique consentiunt, mulieri omnino praeferri, sive prior, sive posterior tempore sit fiscus; cum fisco liceat ex caussa primipilari res ipsas dotales accipere: si alia desint bona (1) (non tamen bona paraphernalia (2)): ita suasit publica utilitas (3), ut qui primipili officium, seu annonae militaris curam gerit, ut par est, officio suo fungatur: etiam metu poenae ab uxore innoxia subeundae; quemadmodum in crimine perduellionis filii parentum iniquitatem ferunt (4).

(1) *L. Satis notum* 4. *cod. in quib. caus. pign. etc.* (8. 15.)

(2) *L.* 1. *cod. de privileg. fisci* (7. 73.)

(3) *L. Utilitas publica* 3. *cod. de primipilo* (12. 63.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

(4) *L. Quisquis* 5. §. 1. *cod. ad leg. Jul. majestat.* (9. 8.). *V. Tom. IV. pag.* 59. §. 216.

§. 1553.

Non desunt sane, qui putent, mulierem fisco ex primipilari caussa ageuti praeferendam esse; ea moti ratione, quod leges, quae fiscum praeferunt (1), antiquiores sint, et censeri debeant abrogatae posterioribus, quae mulieri dotem repetenti praelationem indistincte tribuunt supra omnes creditores (2), eo excepto, qui marito crediderit pecuniam ad emendam militiam (3): verum, cum leges praelationem mulieri tribuentes generales sint, atque de solis privatis creditoribus loquantur, censeri nequeunt specialem legem publicae utilitatis favore latam abrogasse (4).

(1) *D. l.* 4. *cod. in quib. caus. pign.*, *d. l.* 3. *cod. de primipil.*

(2) *D. l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*, *Novell.* 97. *cap. His consequens* 3.

(3) *D. Novell.* 97. *cap. Quia vero* 4.

(4) *Argum. l. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *junct. l. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 1554.

Facilius recipiendum, quod tradunt, jus de caussa primipilari constitutum extendi ad eos, qui stipendia militum in castris procurant inter milites distribuenda (1); quia eadem viget publicae utilitatis ratio; et aeque imminet periculum, ne milites signa deserant, si congruo tempore stipendia non accipiant.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 22. *in fin.*

§. 1555.

Major difficultas est, utrum fiscus mulieri ex caussa dotis praeferatur pro tributis. Si tributa personalia sint, idest solvantur, non ratione bonorum, sed personae, quidam sentiunt, nullum fisco privilegium, nec hypothecam competere: alii tamen hypothecam adserunt sine privilegio in bonis ante tributa personalia imposita quaesitis, praelationem vero in bonis post quaesitis, prout constitutum est de eo casu, quo fiscus cum alio contrahat (1).

(1) *Si qui mihi* 28. *ff. de jure fisci* (49. 14)

§. 1556.

Quod vero pertinet ad tributa realia, fatentur omnes, fiscum praeferri caeteris creditoribus, etiam pro tributis injunctis post hypothecam creditoribus quaesitam (1): ita publica suadente utilitate, cum in tributis nervi reipublicae sint (2). Sed non omnes consentiunt, an idem privilegium fisco competat adversus mulierem, quae dotem repetat. Quidam mulieri etiam tempore posteriori favent (3): alii mulierem, et fiscum pares esse contendunt, itaut mulier fisco prior tempore potior quoque jure sit; alioquin fiscus (4).

(1) *L.* 1. *cod. si propter public. pensitation.* (4. 46.)

(2) *L.* 1. §. *In caussa* 20. *ff. de quaestionib.* (48. 18.)

(3) *Argum. l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*, *d. Novell.* 97. *cap. His consequens* 3., *et sequ.*

(4) *L. Quamvis ex caussa* 2. *cod. de privileg. fisci* (7. 73.)

§. 1557.

Verum congruentius alii defendunt, fiscum pro tributis mulieri dotem repetenti potiorem in omni casu esse debere (1); tum quia publica utilitas privatae mulieris praeferri debet; tum quia tributa realia a bonorum possessore exigi possunt (2): adeoque mulieri hoc onus incumberet, et inanis circuitus fieret, qui evitandus est (3).

(1) *V. Merlin. de pignorib. lib.* 5. *quaest.* 6. *num.* 21.

(2) *Thesaur. decis.* 164. *num.* 5.

(3) *L. Dominus testamento* 53. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

§. 1558.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 22.

His adde, mulierem, fisco priorem, utique potiorem illo esse in bonis eorum, cum quibus fiscus contraxit: sed fiscum mulieri praeferri, si prius cum fisco celebratus contractus sit, quam mulieri quaesita hypotheca dotalis in bonis mariti (1): cum autem publica utilitas longe magis versetur in tributis, quam in contractibus a fisco gestis, potior quoque esse debet in his fisci caussa. Quod si objiciatur responsum Scaevolae (2), respondemus, Sejum fisco praeferri in rebus post priorem quidem obligationem Sejae, sed ante contractum cum fisco gestum, quaesitis.

(1) *L. Quamvis ex caussa* 2. *cod. de privileg. fisci* (7. 73.)

(2) *L. ult. in princip. ff. hoc tit.*

§. 1559.

Fiscus hypothecam habet in bonis eorum, cum quibus contrahit (1): atque etiam praelationem in bonis postea quaesitis (§. 1448.): quod si succedat in locum privati, pro futuro tempore utitur privilegio suo: pro praeterito autem jure privati (§. 1455.)

(1) *L. Certum est* 2. *cod. in quib. caus. pign.* (8. 15.)

Sectio II.

Qui potiores habeantur in pignore ex privilegio temporis.

SUMMARIA.

Prior tempore censetur creditor, qui prior pecuniam credidit, atque hypothecam accepit, tametsi alter prius de hypotheca convenerit. §. 1560.

Creditor tempore prior posteriori praefertur etiam pro usuris, de quibus specialis conventio facta non sit. Quid de impensis in rem pignoratam factis, et litis sumptibus? §. 1561.

Creditores in judicio concursus ultra quinquennium praelationis jure pro usuris non utuntur; nisi per ipsos non steterit, quominus eas consequerentur. §. 1562.

Praelatio ex caussa temporis competit in pignore tum conventionali, tum legali, tum judiciali. §. 1563.

Quid si creditores diversi temporis ex judicis auctoritate idem pignus distrahi curaverint, sed praetermissis solemnibus? §. 1564.

Quid si, posteriore creditore instante, pignus solemniter venditum fuerit? §. 1565.

Creditores pignore praetorio instructi inter se concurrunt, non vero cum aliis. §. 1566.

Hypothecae praelatio non ex diebus tantum, sed ex horis aestimanda videtur. Instrumentum in protocollo prius extensum non ideo praesumitur antiquius. §. 1567., *et* 1568.

Creditores, quibus eadem res simul obligata fuerit, in hypotheca concurrunt. §. 1569.

Tempus contractus, non existentis conditionis, vel diei inspicitur pro creditorum praelatione. §. 1570., *et* 1571.

Quid si debito, vel hypothecae adjecta sit conditio, quae a debitoris potestate pendeat? §. 1572.

Temporis privilegium competit creditori, quamvis solutionis dies diversis deinde temporibus nascatur. §. 1573.

Creditor tempore prior praefertur posteriori etiam in re, cujus dominium tunc debitor non haberet, si dominus factus sit ante constitutum posterius pignus? §. 1574.

Quid si neutro tempore res in dominio creditoris fuerit; sed tantummodo acquisita post constitutum utrumque pignus. §. 1575., *et* 1576.

Quid si eadem res duobus creditoribus obligata sit a diversis debitoribus, quorum uterque deinceps rem bona fide, et justo titulo consequutus sit? §. 1577.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Novatione debiti creditor tempore prior fit posterior: nisi pignus repetitum fuerit. §. 1578., *et* 1579.

Creditor posterior praefertur priori, qui in illius obligationem consenserit. §. 1580.

Creditor posterior, cujus hypotheca instrumento constituta sit, in hypothecaria actione, non personali, praefertur priori, scriptura tantum privata munito, nisi hoc trium testium subscriptionem habeat. §. 1581., *et* 1582.

Scripturae privatae etiam nullis adhibitis testibus vim habent contra debitorem etiam in actione hypothecaria. §. 1583.

Scriptura privata non requirit utriusque contrahentis subscriptionem. §. 1584.

Scriptura privata a duobus tantum testibus subscripta vim non habet contra publicum instrumentum, licet adfuerit tertius testis, qui nec subscripserit, nec in ea nominatus sit. §. 1585.

Quid si scriptura privata publico instrumento confirmetur? §. 1586.

Testes ad vim scripturae privatae tribuendam deponere debent de tempore. Quid si testentur vera esse omnia, quae in ea continentur? §. 1587.

Testium qualitas ab allegante probanda est, si pars adversa objiciat. §. 1588.

Testes in scriptura privata recognoscere debent suas subscriptiones, et aliorum testium: non tamen deponere de veritate eorum, quae in scriptura enarrantur. §. 1589., *et* 1590.

An duo testes sufficiant, si deponant de veritate rerum in scriptura contentarum? Quid si tantum deponant de veritate adscripti temporis? §. 1591.

An sufficiat a duobus ex tribus testibus scripturam recognosci, ut creditor chirographarius instrumentario praeferatur? §. 1592.

Scripturae privatae solemnitates per aequipollens suppleri possunt. §. 1593.

Ex creditoribus scriptura privata munitis praefertur, qui graviores sui crediti probationes edit. §. 1594.

Creditor posterior, cujus debitum certum sit, praeferri potest priori. §. 1595.

Quid si prior creditor sit in possessione rei pignoratae? §. 1596.

Idem creditor potest esse prior, et posterior pro rerum debitarum diversitate. §. 1597.

An clausula constituti efficiat, ut posterior creditor priori praeferatur? §. 1598., *et* 1599.

Possessio per clausulam constituti in creditorem vere transfertur. §. 1600.

Antichresis, si legitimum modum usurarum servet, neutiquam improbatur. §. 1601.

Simulationis caussa primum expendenda est, quam de jure creditoris pronuncietur. §. 1602.

Creditor posterior praeferri potest priori jure subingressionis. §. 1603.

§. 1560.

Generalis regula in jure statuitur, inter creditores hypothecarios simplices, seu qui speciale privilegium a lege non habent, potiores esse eos, qui priores tempore sunt (1): prior autem censetur, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam, licet debitor cum alio prius convenerit de hypotheca, si a creditore mutuam pecuniam acciperet; quia, conventione non obstante, poterat debitor pecuniam non accipere (2): sed, si Titius pecuniam prius crediderit, atque de hypotheca convenerit, licet haec tradita non sit, attamen Sempronio praefertur, cui prius tradita fuerit (3); etenim ad vim hypothecae traditio necessaria non est, cum nuda conventione recte constituatur (4).

(1) *L. Potior est* 11., *l. Creditor* 12. *§. ult. ff. hoc tit., l. Si decreto* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 11. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 12. *§. ult. ff. hoc tit.*

(4) *L. Contrahitur* 4. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1561.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Creditor hypothecarius tempore prior praefertur posteriori non tantum in sorte, sed etiam in usuris (1); non modo si pignus tum pro sorte, tum pro usuris datum sit (2); sed etiamsi hypotheca pro usuris speciatim conventa non fuerit (3): quamquam aliud olim apud Sabaudos servaretur (4): nec interest, utrum dies usurarum cesserit ante secundam obligationem, an postea (5); quia usurae, utpote sortis accessiones, illius jure utuntur; atque usurarum obligatio, quod ad pignoris vinculum pertinet, retrotrahitur ad initium contractae obligationis. Idem dicendum de poena juste conventa (6), atque impensis in rem pignoratam necessario erogatis (7): nec non sumptibus litis: ita ut et pro his hypotheca a die pecuniae creditae competere existimetur (8).

(1) *L. Lucius Titius* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Solutum* 11. §. *Si in sortem* 3. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.), *l. Grege pignori* 13. §. *ult. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(3) *Pratic. legal. part. I. Tom. I. pag.* 178. §. 85.

(4) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *def.* 31. *num.* 2. *in corp.*

(5) *D. l.* 18. *ff. hoc tit.*

(6) *D. l.* 13. §. *ult. ff. de pignorib.*

(7) *L. In summa* 6. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

(8) *Pratic. legal. ibid.* §. 86.

§. 1562.

Sed, quia facile contingeret, ut creditores posteriores ob priorum negligentiam in exigendis usuris damnum paterentur, atque eorum creditum fere in nihilum abiret; idcirco alicubi inductum, ne ultra triennium praelatio pro usuris detur (1): apud nos vero decretum est, ne creditores in judicio concursus creditorum ultra quinquennium ante coeptam discussionis bonorum instantiam praeferantur pro fructibus censuum, aut usuris legitimis (salvo tamen ipsis jure inter creditores chirographarios pro reliquis usuris): nisi probent, necessariam adhibuisse diligentiam, ut usuras sibi debitas consequerentur (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 27. *fere in princ.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 27.

§. 1563.

Praelatio creditori tempore priori competit, si pignus conventionale sit, sive legale (1): cum eadem utriusque vis sit, nihil interest, utrum prior creditor conventione sibi quaesierit hypothecam, an beneficium hoc a lege habeat: ex quo sequitur, etiam in pignore judiciali jus praelationis vigere; ita ut hoc praeferatur ex privilegio temporis conventionali (2), et vicissim conventionali priori cedat (3).

(1) *L. Etiam superficies* 15. *ff. hoc tit.*, *l. Cum oportet* 6. §. *ult. codic. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(2) *L. Si et jure* 10. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *def.* 28., *et def. ult. per tot.*, *et cod. de praetor. pign. lib.* 8. *tit.* 12. *def.* 1.

§. 1564.

Sed quid juris, si diversi temporis creditores ex judicis auctoritate eandem rem pignori coeperint, et distrahi curaverint, non tamen servatis solemnibus lege municipali praescriptis, tum de pignoris jure, et ordine inter se contendant? Respondet Faber (1), non inspiciendum in hoc casu, quis prior fuerit in executione, cum utrinque nulla sit, sed quis prior in debito, et pignoris vinculo contrahendo (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *def.* 2. *in princ.*

(2) *L. Si decreto* 2., *l. Si fundum* 4. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8 tit. 18.

§. 1565.

Quod si subhastatio rite peracta fuerit, instante posteriore creditore, hic priori hactenus praefertur, quousque, excussis omnibus debitoris bonis, appareat, nihil aliud esse, ex quo utrique possit satisfieri (1): quia vigilantibus jura subveniunt (2), atque beneficium excussionis cuicumque justo possessori tribui solet (3): si tamen prior creditor intercesserit, ne posterior pignus exequeretur, posterior videri non potest diligentior (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 8. d. def. 2. num. 4. in corp., et def. 21. in princip.*

(2) *L. Pupillus 24. ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

(3) *Auth. Hoc si debitor post l. 24. cod. de pignorib.* (8. 14.)

(4) *Fab. cod. d. definit. 21. num. 4., et seqq. in corp.*

§. 1566.

Creditores pignore praetorio muniti inter se quidem concurrunt, sive uno eodemque tempore, sive diversis temporibus in possessionem missi sint (1): sed cum aliis, qui conventionale, legale, vel judiciale pignus habeant, temporis privilegio utuntur; vel ab illis vincuntur, si tempore posteriores ipsi sint (2). Quae autem regulae servari debeant, cum quaestio est inter creditores, quorum alii generalem, alii specialem hypothecam habent, supra explicavimus (§. 1535., et seqq.)

(1) *L. Is, cui 5. §. Si plures 2., et sequ. ff. ut in possession. legator.* (36. 4.), *l. Cum unus 12. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.)

(2) *L. Si postquam 3. cod. ut in possession. legator.* (6. 54.), *l. Si decreto 2. cod. hoc tit.*

§. 1567.

Dissentiunt interpretes, utrum praelatio in hypotheca privilegio temporis ex diebus tantum, an etiam ex horis aestimanda sit. Sunt, qui putant, dierum tantummodo, non horarum rationem hac in re habendam esse (1): sed congruentius existimant alii, horae quoque distantiam efficere, ut unus creditor prae altero prior, adeoque potior in pignore habeatur (2); etenim leges nituntur juri quaesito ei, qui pignus prior accepit (3), quod auferri aequum non sit: porro jus non desinit esse quaesitum creditori qui alterum horae tantum spatio praecedit. Quod si non constet, quis prior sit utriusque creditoris conditio aequalis erit: puta si proferantur duo instrumenta per eumdem notarium eodem die recepta (4); licet enim unum post aliud in protocollo extensum sit, non ideo prius extensum antiquius praesumitur (5): nisi forte alter in possessione sit (6).

(1) *Perez. in cod. hoc tit. lib. 8. tit. 18. num. 3.*

(2) *Voet. in Pandect. hoc tit. lib. 20. tit. 4. num. 29.*

(3) *L. Potior est 11., l. Creditor 12 §. ult. ff. hoc tit., l. Si decreto 2. cod. hoc tit.*

(4) *Argum. l. Si fundus 16. §. Si duo 8. in fin. ff. de pignorib.* (20. 1.)

(5) *Thesaur. lib. 3. quaestion. 106. num. ult.*

(6) *L. Si debitor 10. ff. hoc tit.*

§. 1568.

Neque contrariam adstruit sententiam Marcianus, ajens, pro parte debiti utrumque creditorem concurrere, si eadem die duobus separatim pignus datum sit (1): etenim jureconsultus apte intelligi potest de eo casu, quo non appareat, uter prior, aut posterior ex creditoribus pignus acceperit; quod facile contingere potest, cum hora celebrati contractus apud Romanos fortasse non exprimeretur.

(1) *L. Si fundus 16. §. Si duo 8. ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1569.

Idem porro dicendum, videlicet utrumque creditorem pro rata debiti in hypotheca concurrere, si eadem res simul utrique obligata fuerit, sive jam tunc res haec in bonis

debitoris esset (1), sive deinceps ei acquiratur (2); etenim actus ambigui ea fieri debet interpretatio, quae justae contrahentium voluntati magis congruit. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 18.

(1) *D. l. Si fundus* 16. §. *Si duo* 8. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(2) *L. Idemque* 7. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1570.

Haec ita obtinent, cum hypotheca pure, et pro debito puro data est: quod si debitum conditionale sit, vel purum quidem debitum, sed hypotheca sub conditione contracta, vel etiam si tum debito, tum hypothecae conditio adscripta fuerit, non eaedem per omnia servantur regulae, quas ideo exponere opportunum ducimus; non secus ac illas, quibus haec quaestio regitur, cum vel debito, vel hypothecae dies adjectus fuit, sive certus, sive incertus.

§. 1571.

Generalis hic quoque regula statui solet, tempus contractus, non existentis conditionis, vel diei sive certi, sive incerti, inspiciendum esse, ut praelationis inter creditores quaestio adjudicetur, si conditio casualis sit, vel mixta (1), aut dies hypothecae fuerit adjecta (2): idem dicendum, si conditio non potestativa, vel dies debito, seu principali obligationi insit (3); etenim tum conditio (4), tum dies incertus, qui conditioni in testamentis aequiparatur (5), ad tempus celebrati contractus, vel hypothecae constitutae retrotrahuntur: certus vero dies obligationem non suspendit (6).

(1) *L. Grege pignori* 13. §. *Si sub conditione* 5. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *Thesaur. quaestion. forens. lib.* 3. *quaest.* 51. *num.* 4., *et* 5. ✠

(2) *L. Creditor* 12. §. *Si primus* 2. *ff. hoc tit.*, *Thesaur. d. num.* 5. ✠

(3) *L. Qui balenum* 9. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(4) §. *Omnis stipulatio* 2. *institut. de verbor. obligat.* (3. 16.)

(5) *L. Dies incertus* 75. *ff. de condit.*, *et demonstrat.* (35. 1.)

(6) §. *Sub conditione* 4. *instit. eod. tit. de verbor. oblig.*, *l. Potior est* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1572.

Excipimus casum, quo vel debito, vel hypothecae adjecta sit potestativa conditio, seu quae a potestate debitoris pendeat (1): puta si debitor pactus fuerit, ut praedium hypothecae sit, si pecuniam mutuam a Sempronio accipiat; cum enim pro arbitrio possit pecuniam non accipere, initio non potest videri nata obligatio; adeoque conditio non retrotrahitur, atque praefertur, qui deinceps pignus accepit (2), licet prior clausulam constituti pro se habeat (3).

(1) *L. Qui balneum* 9. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. potior est* 11. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 1.

§. 1573.

Potiori ratione temporis privilegium competit ei, qui pignus prior acceperit, licet dies solutionis non statim, sed in futurum, diversis temporibus, nascatur; prout contingit in pensionibus aedium locatarum, aut praedii rustici; si debitor postea pignus alteri creditori constituat pro debito puro, nec temporis progressum habente, ille tamen huic praefertur (1); non enim obligatio, cui firmandae pignus accedit, sed solutio dilata est.

(1) *L. Qui balneum* 9. *in princip. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 14.

§. 1574.

Prior quoque tempore creditor jure potior est, licet debitor rei dominus non fuisset, cum priori camdem pignori tradidit, illius vero dominium consecutus fuisset, cum secundo rem obligavit (1); quia ex primo dominii per debitorem acquisiti momento pi-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

gnus confirmatum fuit favore primi creditoris, quod proinde ejus odio in secundum creditorem transferri non potuit.

(1) *L. Creditor acceptis* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1575.

Quod si debitor rei alienae, quam pignori duobus creditoribus diversis temporibus tradidit, dominus neutro tempore fuerit, atque deinceps dominium acquisierit, distinguunt interpretes utrum jus possidendi haberet, atque Publicianam in rem actionem, nec ne. In primo casu potior est creditor, cui prius res obligata fuit (1); etenim creditori licuit jus possessionis, atque usucapiendi facultatem pignorare, sicut potest usufructuarius jus usufructus sibi competentis obligare (2).

(1) *L. Si ab eo* 18. *ff. de pignor.* (20. 1.), *atque de hac specie intelligendus est Paulus in l. Si non dominus* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si is, qui bona* 11. §. *Ususfructus.* 2. *ff. de pignorib.*

§. 1576.

Quod si debitor nullum in re aliena pignori tradita, sive cum primi, sive cum secundi creditoris favore rem obligavit, jus haberet, utriusque creditoris jus eodem tempore firmatur, cum nempe debitor rei dominium acquirit: adeoque uterque creditor in pignore concurrere videtur, perinde ac si duobus, res utrique simul obligata fuisset (1).

(1) *L. Aliena res* 20. §. 1. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

§. 1577.

Sed quid juris, si eadem res duobus creditoribus, a diversis tamen debitoribus pignori data sit, tum uterque debitor rem bona fide, et justo titulo consecutus sit? Melior est, ait Paulus, creditoris possidentis conditio (1); quia et debitorem possidentem praetor tueretur per Publicianam actionem (2).

(1) *D. l. Si non dominus* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si ab eo, qui* 18. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1578.

Novatione debiti principalis, cum prima obligatio perimatur, consequenter perit et ipsum pignoris vinculum (1), quod accessorium est principalis obligationis (2): atque ideo, qui prior tempore erat, post novationem fit posterior (3): idem potiori ratione dicendum, si delegatio intervenerit (4): cum delegatio sit novatio (5), mutata debitoris persona.

(1) *L. Solutum* 11. §. 1. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.), *l. Novatione* 18. *ff. de novationib.* (46. 2.)

(2) *L. Res hypothecae* 5. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *def.* 19. *num.* 1., *et seqq. in corp.*

(4) *Fab. d. def.* 19. *num.* 1., *et def.* 24.

(5) *L. Delegare* 11., *et passim ff. de novationibus.*

§. 1579.

Excipi tamen debet casus, quo tempore novationis pignus repetitum fuerit (1): quo casu creditor censetur in suum ipse locum succedere; adeoque priorem temporis ordinem retinet (2); pro quantitate quidem prioris debiti, et pro antiquo pignore; non vero pro debiti augmento, vel novo pignore (3): quod autem de novatione traditur, idem obtinet, si per aditionem haereditatis jus pignoris confusum, atque extinctum sit (4).

(1) *D. l. Solutum* 11. §. 1. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(2) *L. Creditor acceptis* 3., *l. Creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *d. defin.* 19. *num.* 4. *in allegat.*

(3) *D. l.* 12. §. 5. *in fin. ff. hoc tit.*

(4) *L. Stichum* 95. §. *Aditio* 2. *ff. de solutionib.* (46. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 11.

§. 1580.

Non tamen desunt casus, in quibus creditor tempore prior posteriori praefertur: veluti si prior consenserit in obligationem pignoris favore posterioris creditoris; quia hoc ipso videtur renunciasse non quidem hypothecae vinculo, sed temporis privilegio (1): consensisse autem judicatur, si callide jus suum apud secundum creditorem dissimulaverit (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4 Cod. l. 8. tit. 18.

(1) *L. Creditor, qui* 12. §. *Si tecum* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1581.

Eodem privilegio gaudet creditor hypothecarius posterior, si hypothecam publico instrumento constitutam habeat, adversus alterum creditorem tempore priorem, sed cujus obligatio privata tantum scriptura continetur, nisi haec trium saltem testium integrae opinionis subscriptione munita sit (1), nec non debitoris (2): hoc quippe casu scriptura, licet privata, quasi publice confecta censetur (3); atque idcirco eandem vim habet, ac publica. Legis hujus ratio inde repeti solet, quod privata scriptura facile diem praeferre potest in dispendium priorum creditorum: quod periculum difficilius imminet in publicis instrumentis, vel etiam scripturis privatis trino teste notatis.

(1) *L. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*
(2) *Ab-Eccles. observ. forens part.* 2. *observ.* 51. *num.* 3.
(3) *D. l.* 11. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 1582.

Summa legis haec est, sed aliquanto fusius explicari debet. Imprimis, quod de creditoris instrumento muniti praelatione traditur, obtinet utique in actione reali, seu hypothecaria, non autem in personali; cum privatas scripturas quoad personalem actionem suum robur habere decernat idem Imperator (1): praeterquamquod actione personali quilibet creditor suum jus prosequitur, nec unus cum alio concurrit.

(1) *D. l. Scripturas* 11. *in med. cod. hoc tit.*

§. 1583.

Ex his, ut obiter dicamus, colligunt interpretes, scripturas privatas, sive a debitore in totum scriptae sint, sive tantum subscriptae, etiamsi nulli testes adhibiti fuerint, plenum robur habere adversus debitorem, non tantum in actione personali, sed etiam in hypothecaria; cum Leo Imperator id unum caveat, ut in hypotheca potior sit creditor posterior instrumento munitus prae priore, de cujus obligatione per scripturam privatam, a tribus testibus minime subscriptam, constet (1).

(1) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1584.

Haec passim ab omnibus probantur. Certum quoque apud nos est, utriusque partis subscriptionem non requiri, sed sufficere debitoris subscriptionem (1): maxime cum Leo Imperator hanc solemnitatem non commemoret (2). Sed quaedam sunt, in quibus non una est omnium sententia. Imprimis quaerit Thesaurus, an vim publici instrumenti habeat scriptura a duobus testibus subscripta, cum tertius testis adesset, qui tamen nec subscripsit, utpote litterarum imperitus, nec in apocha nominatus fuit (3). Cum quaestio haec in Senatu proposita fuisset, non una erat omnium patrum sententia; quidam putabant, pro creditore chirographario pronunciandum; maxime cum plene constaret de rei veritate, duorum testium subscriptione; atque tertius testis omni exceptione major pro eo deposuisset (4).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 2. *observ.* 51. *num.* 3.
(2) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*
(3) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 89. *num.* 1.
(4) *Thesaur. ibid. num.* 1., *et seqq.*

§. 1585.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Verum Senatus, re mature discussa, unitis classibus, quibusdam licet dissentientibus, pronunciavit, duos testes non sufficere, cum agitur de apocha, seu scriptura privata contra publicum instrumentum, atque ideo creditorem instrumento munitum alteri in hypotheca praeferendum esse, licet tempore posteriorem (1): quamquam in proposita singulari specie chirographarium creditorem instrumentario, ut ajunt, praetulit, quia ex inventario prolato, quo debitum conscriptum erat, constabat de creditoris instrumentarii confessione, per quam debitum chirographarii agnoverat, cum esset socius apothecae tempore confecti inventarii (2).

(1) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaestion.* 89. *num* 5. ✠, *ubi tamen simul refert Thesaurus, in alia caussa, cum duo tantum testes apochae subscripsissent, qui in recognitione deponebant de veritate crediti, e de tempore, creditorem chirographarium praelatum fuisse; eo fundamento, quod tres testes requisiti in dicta leg. Scripturas* 11. *cod. hoc tit., sint tantum quoad solemnitatem, ut apocha faciat fidem, non quoad probationem. Ab-Eccles. part.* 2. *d. observat.* 51. *num.* 15. ✠

(2) *Thesaur. d. num.* 5. *in fin.* ✠

§. 1586.

Si instrumentum habeat relationem ad apocham, atque confirmet creditum, quod in apocha continetur, censet Thesaurus, creditorem, qui hisce apochis nititur, priorem esse eo, qui solas apochas a duobus testibus subscriptas pro se habet, licet prior hic tempore sit (1); et merito; quia apochae vires capiunt ab instrumento, quemadmodum codicilli, et privatae scripturae testatoris a testamento (2): adeoque deest fraudis, et simulationis suspicio, quae legi (3) caussam praebuit.

(1) *Thesaur. dict. lib.* 1. *quaest.* 89. *num.* 7.

(2) *V. supra* §. 159. *ad* 161.

(3) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1587.

Cum lex, quae tres testes desiderat in privata scriptura, ad praelationem hypothecariis creditoribus ex caussa temporis tribuendam (1), nitatur periculo fraudis diei repraesentatae, seu antiquius appositae in dispendium creditoris tempore prioris (§. 1581.), sponte sequitur, testes, qui apochae subscripserunt, vel qui scripturam, cum testes subscripti mortui sunt, vel absentes, recognoscunt, deponere debere de tempore, ut sciri possit, quis ex creditoribus prior, aut posterior sit (2): sed satis videntur deposuisse de tempore, si testentur, vera esse ea omnia, quae in apocha continentur (3): in toto et pars continetur.

(1) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

(2) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 89. *num.* 8.

(3) *Thesaur. d. num.* 8. ✠

§. 1588.

Probatae opinionis testes numero tres ab Imperatore desiderantur, ut scripturae privatae fides adhibeatur; quoad praelationem actionis hypothecariae (1): non tamen, qui ea nititur, probare tenetur, testes tales esse: praesertim si testes notorie probi sint: nisi forte pars adversa, seu alter creditor, de cujus obligatione, et hypotheca per publicum instrumentum constat, quidquam adversus testes objiciat (2); unusquisque enim bonus in dubio praesumitur (3): quamquam praesumptio haec non sufficit, si ab adversario illius veritas negetur, cum agitur de qualitate a legibus expressim requisita (4).

(1) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

(2) *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 89. *num. ult.* ✠, *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 2. *observat.* 51. *num.* 7. ✠

(3) *L. Merito* 51. *ff. pro socio* (17. 2.)

(4) *L. Ei incumbit* 2., *l. Patronum* 6. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 1589.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Caeterum scriptura privata plane non probat, nisi constet de manu, et subscriptione testium, vel per recognitionem, vel per comparationem litterarum: atque testes debent in recognitione deponere se recognoscere suas subscriptiones, debitoris, et aliorum testium: nec non testari, se praesentes fuisse, quando debitor subscripsit (1); alioquin de scripturae veritate plene constare non potest, quemadmodum requirit Imperator, ut praelatio hypothecae competat (2): sicut lex non confidit de uno scribente, ita nec de uno approbante.

(1) *Ab-Eccles. d. part.* 2. *observat.* 51. *num.* 4.
(2) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1590.

Non tamen necesse est, scite subjicit Ab-Ecclesia, ut testes deponant de veritate eorum, quae in privata scriptura enarrantur (1): aliud quippe est deponere, scripturam eo modo, forma, loco, et tempore confectam fuisse; aliud testari vera esse, quae in eadem scriptura continentur: puta tot aureos mutuo vere datos fuisse Titio sub obligatione bonorum suorum (2).

(1) *Ab-Eccles. ibid. num.* 15.
(2) *Ab-Eccles. d. num.* 15.

§. 1591.

Si testes de veritate rerum in apocha contentarum deponant, duos sufficere passim tenent pragmatici (1); quia hypotheca scripturam non requirit, sed solo consensu contrahitur (2): atque ideo consueto duorum testium numero probatur, etiam sine scriptura. Quinimmo hodie magis placet benignor sententia, qua receptum, ut duo testes sufficiant, licet tantum deponant de veritate diei adscriptae, seu, ut ajunt, datae (3).

(1) *Ab-Eccles. dict. observat.* 51. *num.* 5.
(2) *L. Contrahitur* 4. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(3) *Ex Oddo consil.* 100. *num.* 59.

§. 1592.

Ita autem necessaria est recognitio subscriptionum a testibus facienda, si strictum jus inspiciamus, ut non sufficiat ad praelationem creditoris chirographarii, si duo tantum testes, tertio defuncto, recognoscant (1): nisi forte alii testes interfuerint, cum apocha confieiebatur, licet non subscripserint (2), dummodo deponant, se vidisse apocham scribi, et subscribi (3): atque etiam potest haec duorum testium depositio firmari per comparationem litterarum (4), vel testes habentes notam, ut ajunt, manum: dummodo duo testes supersint; alioquin, si unus tantum supersit testis, non prodesse alios testes de nota manu ad praelationem, etiamsi mille essent, Senatus censuit (5).

(1) *Ab-Eccles. dict. observat.* 51. *num.* 8.
(2) *Novell.* 73. *cap. Sed et si quis* 2. *prop. fin.*
(3) *Ab-Eccles. dict. observat.* 51. *num.* 9.
(4) *D. Novell.* 73. *cap.* 2. *in fin.*, *Ab-Eccles. ibid. num.* 10.
(5) *Ab-Eccles. ibid. num.* 11. ✠

§. 1593.

Ex his facile solvi potest quaestio, an lex de necessitate trium testium in scriptura privata ad vim praelationis (1) per aequipollens suppleri possit; cum enim lata sit ad tollendam fraudis suspicionem (§. 1581.), hac sublata aliis certis probationibus, cessat illius dispositio (2): etiamsi nulli testes adhibiti fuerint (3); quod tamen pendet a prudentis judicis arbitrio, singulis attente pensatis (4): puta si apocha in judicio a debitore recognita fuerit; quo casu censuit Senatus, a die recognitionis creditori chirographario odio posterioris instrumento muniti praelationem competere (5): vel si instrumento fiat illius privatae scripturae mentio (§. 1586.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20 tit. 4. Cod. l. 8 tit. 18.

(1) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*
(2) *Ab-Eccles. d. observation.* 51. *num.* 12.
(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 14. ✠
(4) *V. Pratic. Legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 199. §. 125., *et* 126., *ubi creditor habens apocham cum clausula constituti, sed a solo debitore scriptam, et subscriptam inter solos chirographarios recensendus traditur.*
(5) *Ab-Eccles. ibid. num.* 13.

§. 1594.

Sed quid, si concurrant duo creditores, quorum neuter publicum instrumentum pro se habeat, sed uterque nitatur privata scriptura? Praeferendus est ille in pignore, qui graviores sui crediti probationes edit: puta si duo testes ex una parte de forma, loco, et tempore scripturae, ex alia unus tantum ex duobus testibus superstes sit, licet alii de nota debitoris manu, et defuncti testis deponant: vel uni chirographo tres subscripserint testes, alteri duo (1): fortior probatio infirmiori praevalet (2).

(1) *Ab-Eccles. part.* 2. *d. observat.* 51 *num. ult.* ✠
(2) *L. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 1595.

Hinc sequitur, ex duobus creditoribus ejusdem diei, quorum unus scripturam trium testium scriptione munitam habeat, alter duorum, priorem praeferri (1). Sed de hac re satis, caetera: quae ad scripturas privatas pertinent, de fide instrumentorum agentes pertractabimus: prosequimur, quae ad hypothecariorum creditorum praelationem pertinent. Posterior quoque creditor praefertur priori, si debitum posterioris certum, atque, ut ajunt, liquidum sit, prioris vero illiquidum, atque per hujus moram factum sit, quominus de eo cognosci potuerit (2); nec enim imputari potest creditori posteriori, cur priori debitum non offerat, cum nesciat, quid debeatur (3).

(1) *D. l. Scripturas* 11. *cod. hoc tit.*, *Pratic. Legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 176. §. 79., *Ab-Eccles. d. observ.* 51. *num. ult.* ✠
(2) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 12. *num.* 5., *et seqq. in corp.*
(3) *L. Non potest* 99. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1596.

Haec ita, nisi creditor primus possideat: quod si in pignoris possessione jam positus sit, sive per traditionem, sive per clausulam constituti, aequum non est, ait Faber, ut propter solius debiti incertitudinem creditori quaesita possessio auferatur: proinde creditor posterior mittetur quidem in possessionem pignoris: ea tamen lege, ut imprimis satisdet creditori anteriori; praefinito etiam brevi tempore, intra quod primus de jure suo docere teneatur (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *dict. definit.* 12. *num.* 8., *et seqq. in corp.*

§. 1597.

Nemini profecto dubium, quominus idem creditor prior, et posterior esse possit pro diversitate debitorum, quorum unum altero prius sit: quo casu creditor retinere non potest pignus pro secundo debito in odium alterius creditoris, cui prius res eadem fuerit obligata (1). Quod enim dicitur, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (2), verum est odio debitoris, non alterius creditoris, qui prior in pignore sit (3): nisi forte pecunia chirographaria jam tunc debita esset, cum posterior contraxit: quo casu jus retinendi pignoris creditori quaesitum auferri non posset (4).

(1) *L. Creditor* 12. §. *Si idem* 3., *l. Quaerebatur* 20. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 8. *in princip.*
(2) *L. unic. cod. etiam ob chirographar. pecun.* (8. 27.)
(3) *L. Si decreto* 2., *et passim cod. hoc tit.*, *Fab. d. definit.* 8. *num.* 1. *in corp.*
(4) *Argument. L. ultim. ff. de pactis* (2. 14.), *Fab. dict. definit.* 8. *in fin.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1598.

Clausula constituti, si pragmaticis credimus, qua munitus sit posterior creditor, efficere potest, ut potior sit, non quoad jus pignoris, sed quoad jus possessionis; saltem ne ipsi auferri possit ab anteriore possessio, nisi prius caetera debitoris bona excusserit (1): verum, cum apud nos constituti clausula tacite subintelligatur in contractibus (2), assertio haec locum habere non potest.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 13. *per tot.*

(2) *Reg. Constitution. lib.* 5. *tit.* 16. §. 8.

§. 1599.

Facilius admittendum, quod tradit idem Faber, clausulam constituti appositam (idem dic de tacite subintellecta) in obligatione bonorum omnium praesentium, et futurorum, licet prosit etiam quoad bona futura, nou tamen ex ea creditorem anteriorem praeferri posteriori in bonis, quae communis debitor postea comparaverit ea lege, ut ex eorum pretio creditori posteriori satisfieret (1); etenim non aliter videri potest acquisitum debitori dominium, quam sub onere dimittendi posteriorem creditorem (2): qui propterea tum quoad jus pignoris, tum quoad illius possessionem potior esse debet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 18. *in princip.*

(2) *L. Licet iisdem* 7. *cod. hoc tit.*

(3) *Fab. d. defin.* 18. *in fin.*

§. 1600.

Eodem fundamento placuit, eum, cui res vendita fuit sub pacto de retrovendendo, si deinceps emat hyperocham, seu quod plus valet fundus sine clausula constituti, praeferendum esse illi, cui postea eadem hyperocha vendita fuit, etiam cum clausula constituti (1); cum enim jam possideat, non indiget alia translatione possessionis, quam nec transferre potest venditor in alium, cum amplius non possideat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 23. *in princip.*

(2) *L. Quod meo* 18. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.), *Fab. d. definit.* 23. *in fin.*, *et cod. eod. tit. definit.* 6.

§. 1601.

Profecto, si Maevius, simulato venditionis titulo, fundum Titio in antichresim dederit, deinde Sempronius eumdem fundum a Maevio emat, non ideo Sempronius Titio praefertur, sive in dominio, sive in possessione, nisi Titio solvat eam pecuniae quantitatem, quam Maevius, ad avocandam pignoris possessionem, restituere debet (1); quia contractus hic per se non improbatur, si justum, et legitimum usurarum modum non excedat: quod si excedat, ad legitimum modum redigitur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 25. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 25. *alleg.* 4.

§. 1602.

Quod si Titius neget, simulationem ullam intervenisse, de eo prius cognoscendum, et pronunciandum est, quam pecunia offeratur luendi pignoris caussa (1); nec enim vero emptori offerri potest: atque, pendente simulationis quaestione, pro instrumento potius praesumendum est (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 8. *d. defin.* 25. *num.* 4. *in corp.*

(2) *Argum. l. Cum propria* 5. *cod. Si quis alteri, vel sibi* (4. 50.), *l. Satis aperte* 2. *cod. ad leg. Cornel. de fals.* (9. 22.)

§. 1603.

Postremo aliquando contingit, ut creditor tempore posterior priori anteferatur, si succedat in alterius locum, qui praelationis jure gaudeat; sed, cum quaestio haec maximi momenti sit, nec non specialibus involuta difficultatibus, seorsim de ea agere opportunum ducimus, prout in codice Justinianeo factum est.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 19

Appendix I.

De praelatione creditorum, qui in priorum locum succedunt.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 4. *Qui potior. in pign. etc., vel hypothec. habeant., et de his, qui in prior. creditor. loc. succedunt.*
Cod. lib. 8. tit. 19. *De his, qui in prior. creditor. loc. succedunt.*

SUMMARIA.

Posterior creditor hypothecarius in prioris locum succedit, debitum priori solvendo, vel offerendo. §. 1604, *et* 1605.

Neque conventio, neque cessio actionum necessaria est, ut creditor, qui priori solvit, in ejus locum succedat. §. 1606.

Quid si pecunia tertii creditoris pervenerit ad eum, qui rem priori creditori obligatam potuerat anterioris pignoris jure retinere? §. 1607., *et* 1608.

Creditores chirographarii posteriores prioribus solventes in eorum jura personalia succedunt. §. 1609.

Sed jura realia non consequuntur, nisi cessa sint, vel ita convenerit inter creditorem solventem, et debitorem, vel judicis auctoritate ita cautum sit. §. 1610.

Creditor anterior non tenetur chirographario creditori jura sua cedere, nisi solutio ab ipso fiat. Quid de extraneo solvente? §. 1611.

Emptor solvens priori creditori sine conventione, vel cessione in ejus locum non succedit. §. 1612.

Quid si emptor convenerit, ut pretium rei emptae impendatur in reficiendam domum venditoris? §. 1613, *et* 1614.

Creditor chirographarius, vel extraneus, qui priori creditori solverit, in possessione retinetur, nisi ipsi offeratur, quod solvit. §. 1615.

Quisquis ex nummis suis, debitore consentiente, creditori solvit, in ejus jura apud nos succedit absque conventione, vel cessione. §. 1616.

An successio haec noceat, vel prosit fidejussoribus, et correis debitoris? §. 1617.

Solvens solius debitoris fidem secutus praesumitur, nisi in apocha liberationis expressum sit, solutionem ex illius pecunia factam fuisse. §. 1618.

Cur de jure creditorum in concursu seorsim dicendum sit? §. 1619.

§. 1604.

Postremus modus, quo creditor posterior alteri praefertur, tunc obtinet, cum posterior occupat locum prioris: nempe fingendus est casus, quo tres sint creditores, Titius, Maevius, et Sempronius: si Titio succedat Sempronius, potior fit Maevio (licet Maevius prius hypothecam acceperit), jure Titii, tempore prioris, quod in ipsum transfertur.

§. 1605.

Porro creditor posterior prioris locum occupare potest debitam priori pecuniam solvendo (1): vel, si pecuniam accipere recuset, eam deponendo, et obsignando; cum depositio, et obsignatio pecuniae legitime facta solutionis vim habeat (2): potest autem secundus creditor priori solvere, vel offerre, etiamsi invitus ille sit (3); immo et debitore invito solvens in prioris creditoris jura succedit (4).

(1) *L. Secundus creditor.* 22. *cod. de pignorib.* (8. 14.), *l.* 1. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

(2) *D. l. 1. in fin. cod. qui potior., l. Obsigatione 9. codic. de solutionib.* (8. 43.) Inst. l. 3. tit. 13. ff. l. 20. tit. 4 Cod. l. 8. tit. 18.

(3) *L. Potior est* 11. §. *ult. ff. hoc tit.*

(4) *L. Creditor* 12. §. *Sciendum* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1606.

Igitur creditor, qui priori creditori solvat (nec enim sufficit pecuniam posterioris creditoris ad priorem pervenisse, sed requiritur, ut vel per se, vel per debitorem ex voluntate solventis pervenerit (1)), in ejus locum, jura, et privilegia succedit, quin necessaria sit ulla specialis conventio, aut actionum cessio (2): atque ideo praefertur secundo creditori (3): quod constitutum favore creditoris posterioris, qui alioquin, quod sibi debitum est, vix consequi posset, cum non deceat pignus ab eo distrahi in dispendium prioris creditoris: nisi priori creditori debita quantitas soluta fuerit (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 9. definit. 3. in princip.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. definit. 2. num. 3. in corp.*

(3) *L. Claudius 16. versic. Plane cum tertius ff. hoc tit., Fab. d. definit. 2. num. 4. in corp.*

(4) *L. Diversis 8. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

§. 1607.

Idem dicendum, si pecunia tertii creditoris pervenerit ad eum, qui rem priori creditori obligatam potuerat anterioris pignoris jure retinere: puta si Sempronius rem pignoratam Titio vendiderit, atque Titius deinceps cum primo creditore contraxerit, eique rem illam obligaverit, priusquam Sempronio pretium solveret. Sempronio utique competit jus retentionis, pignoris loco, donec pretium consecutus sit (1): proinde, si tertius creditor Sempronio solverit, in locum primi creditoris succedere debet (2).

(1) *L. Julianus 13. §. Offerri 8. ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *L. Potior est 11. §. ult., l. Creditor 12. §. Sciendum 6. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 9. d. definit. 2. num. 5. in corp.*

§. 1608.

Nec distinguendum putat Faber, utrum Titius ante, vel post emptionem cum primo creditore contraxerit, sive Sempronius primi creditoris jus sciverit, sive ignoraverit (1); quia utroque casu verum est, non prius translatam videri rei venditae proprietatem, licet tradita sit, quam pretium solutum, aut fides de pretio habita sit (2): adeoque prius obligari non potuit res adhuc aliena (3): haec autem ratio probare videtur, idem esse, si Titius ex sua pecunia, mandante Sempronio fundum emerit, atque Sempronius ante restitutam pecuniam eundem fundum Maevio obligaverit, tum Cajo, qui Titio pretium fundi solverit (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 9. d. def. 2. num. 6., et seqq. in corp.*

(2) *L. Quod vendidi 19. ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(3) *L. 1., et passim cod. si alien. res pign. etc.* (8. 16.)

(4) *Argum. d. l. Julianus 13. §. Offerri 8. ff. de actionib. empti* (19. 1.), *l. Procuratoris 5. §. Sed si dedi 18. ff. de tributor. action.* (14. 4.), *Fab. d. def. 2. num. 10. in corp.*

§. 1609.

Pertinent haec ad creditores hypothecarios posteriores: quod si creditores chirographarii, vel extraneus quilibet priori creditori solverit, non idem omnino jus servatur: in personalibus quidem actionibus creditores chirographarii posteriores, quorum pecunia ad priores, et privilegiarios pervenerit, in horum jus, et privilegium succedunt (1); licet pecunia in id a posteriore credita non sit, ut priori solvatur, dummodo incontinenti ad priorem pervenerit, etiam per interpositam debitoris personam (2); quae enim incontinenti fiunt, inesse videntur (3): praeterquamquod, si ex intervallo solutio fieret, sciri non posset, utrum ex ea pecunia vere facta sit.

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 19.

(1) *L. Si ventri* 24. §. *ult. ff. de reb. auctoritat. jud. possidend.* (42. 5.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *D. l.* 24. §. *ult.*, *Fab. d. def.* 1. *num.* 1., *et seq. in corp.*

(3) *L. Lecta* 40. *versic. Dicebam ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 1610.

Sed quoad actionem hypothecariam neque creditores chirographarii, neque multo minus extranei in prioris creditoris jura succedunt, licet ipsorum pecunia ad creditorem priorem pervenerit, si jus Romanum inspiciamus, nisi cessio secuta sit, vel ita expresse convenerit inter creditorem solventem, et debitorem (1): dummodo incontinenti facta sit conventio (2): aut nisi judicis auctoritate pignoris jus translatum sit in eum, cujus pecunia creditor hypothecarius dimissus fuit (3). Neque sola conventio sufficit, sed praeterea requiritur, ut pecunia ad creditorem perveniat, sive ab alio hypothecario creditore, sive a chirographario, aut extraneo data sit (4).

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*, *l. Creditor* 12. §. *A Titio* 8. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 2., *et* 5. *in princip.*

(2) *L. Si ventri* 24. §. *ult. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *Fab. d. definit.* 5. *in princip.*

(3) *L. Si, cum pecuniam* 3., *l. ult. cod. de privileg. fisci* (7. 73.)

(4) *L. Eum, qui a debitore* 17. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. definit.* 3. *in fin.*

§. 1611.

Quod operatur conventio inter debitorem, et creditorem chirographarium solventem, idem facit cessio creditoris anterioris, quae omnino necessaria est, cum nulla intercessit conventio (1); atque incontinenti fieri debet (2), antequam creditor actiones amiserit (3): non tamen tenetur creditor actiones cedere, si per manus debitoris solutionem accipiat, licet creditor chirographarius sit is, ex cujus pecunia solvitur: si autem extraneus ipse creditori solvat, cessionem ab eo invito extorquere non potest (4): favendum magis creditori est, qui de damno vitando certat, quam extraneo, qui de lucro captando cogitat. Plane cessio necessaria non est, cum inter solventem, et debitorem convenit, ut solvens in locum dimissi prioris creditoris succedat (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 6. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 6. *alleg.* 2.

(3) *L. Modestinus* 76. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(4) *Argum. l. Nulla* 5. *cod. de solutionib.* (8. 43.), *Fab. d. definit.* 6. *in fin.*

(5) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 8. *in princip.*

§. 1612.

Extraneo comparatur emptor, qui rem a debitore acquisierit: quare, licet solverit anteriori creditori, non ideo succedit in jus prioris creditoris, nisi conventio de pignore (§. 1610.), vel actionum cessio (§. praeced.) incontinenti secuta sit (1); neque enim emptor creditori similis est, cum emptor pretium solvens id agat, ut se liberet, non ut venditorem obliget: atque licet venditor de evictione erga emptorem teneatur, non ideo tamen emptor jure creditoris censendus est, cum uniuscujusque contractus initium, et caussa spectari debeat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 8. *in princip.*

(2) *L. Si procuratorem* 8. *in princip. ff. mandat.* (17. 1.), *l.* 1. §. *Si servus* 30. *ff. depositi* (16. 3.)

§. 1613.

Qui tamen emit ab eo, quem sciebat habere plures creditores hypothecarios, quo sibi caveret, convenit, ut fundi pretium impendatur in reficiendam domum venditoris; evicto per creditorem anteriorem fundo vendito; atque, cum creditori plene non esset satisfactum, refectae quoque ex pretio fundi domus distractio peteretur, visum est

Sabaudis Patribus, emptorem hunc, quia per evictionem factus erat creditor, eodem jure censeri debere, quo si pecuniam ab initio credidisset in domus refectionem (1); quia sibi diligenter ita prospexerit, perinde ac si ab initio credidisset in refectionem domus (2).

Inst. l. 3. tit. 16. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 19.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 9. *in princip.*

(2) *Argum. l. Debitor* 3. *in fin. princip. ff. de separationib.* (42. 6.)

§. 1614.

Atque hinc pronunciavit Senatus, emptorem hunc, pro ea pecuniae quantitate, quae in refectionem impensa fuit, praeferendum esse anteriori creditori (1); cui sane injuria non fit, cum emptoris pecunia salva creditori facta sit pignoris caussa (2): maxime quia expressim de pignore convenerat; quamquam sine conventione pignoris, et praelationis jus tacite competere videtur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *dict. definit.* 9. *num.* 3., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Interdum* 5., *junct.* l. *seq. ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *ff. in quib. causs. pign. etc.* (20. 2.), *junct. d. l.* 5., *et* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1615.

Caeterum, etiamsi creditor chirographarius, vel extraneus absque conventione (§. 1610.), vel cessione (§. 1611.) in jus creditoris anterioris pecunia sua dimissi non succedat, si tamen rem possideat, etiam solius clausulae constituti vi, potest per retentionem sibi consulere, atque doli exceptione uti tum adversus debitorem, tum contra creditorem, nisi offeratur, quod ex sua pecunia ad priorem creditorem pervenit (1); ita enim suadet aequitas, licet obstare videatur juris subtilitas: maxime quia retentio longe facilius conceditur, quam actio (2).

(1) *L. Eum, qui* 17. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 9. *definit.* 7. *in princip.*

(2) *L. Per retentionem* 4. *cod. de usur.* (4. 32.)

§. 1616.

Hisce Romani juris sanctionibus, et pragmaticorum sententiis fere consonat jus regium: quo cautum, ut quisquis ex nummis suis, consentiente debitore, creditori solverit, in locum, et jus ejusdem creditoris succedat; licet specialis de hoc jure subingressus, vel subingressionis, ut ajunt, conventio inita non sit, nec ulla intervenerit ex parte creditoris actionum cessio: neo ille, qui creditori anteriori solvit, constitutus sit in rerum possessione (1): sufficit ergo consensus debitoris citra conventionem, quae tamen jure Romano in creditoribus chirographariis, atque in extraneis desideratur (§. 1610.), nisi creditor expresse jura sua cesserit (§. 1611.), vel solvens rem possideat (§. praeced.)

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. §. 7.

§. 1617.

Praeterea cavetur, ut successio haec, seu subingressio vim quoque habeat adversus fidejussores, et correos debitoris, nec non eorum favore, si forte ipsi solverint; perinde ac si expressa jurium cessio facta fuisset: dummodo non vergat in dispendium ejusdem creditoris, idest non noceat juri praelationis pro residua parte crediti, quae supersit solvenda (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. *d.* §. 7. *in med.*

§. 1618.

Ergo, quicumque ex propriis nummis, consentiente debitore, solvit, jura creditoris acquirit; licet neo conventio, nec cessio intervenerit (§. 1616.); sed praeter debitoris consensum alia praescribitur conditio, ut nempe in apocha liberationis, seu quitationis ut loquuntur pragmatici, exprimatur, solutionem ex solventis pecunia fieri; alioquin solvens censetur solius debitoris fidem sequi (1).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 16. *d.* §. 7. *in fin.*

§. 1619.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

Regulae hactenus expositae de jure, vel praelatione creditorum, quibus hypotheca juris sanctione, vel contrahentium voluntate competit, etiam obtinent in discussionis instantia, seu concursus, ut ajunt, creditorum: cum tamen specialia quaedam sint, usu fori inducta, seorsim, et summatim agere constituimus: ne aliquid deesse videatur, quod caussarum patronis utilitatem vel levem afferre possit.

Appendix II.

De judicio concursus, seu jure, et praelatione creditorum in concursu.

Instit. lib. 3. tit 15. *De obligation., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 4. } *Qui potior. in pign. etc.*
Cod. lib. 8. tit. 18. }

SUMMARIA.

Judicium concursus ex quinque diversis caussis, seu in quinque casibus instituitur, imprimis facta a debitore cessione bonorum. §. 1620.

Alter casus est, cum haeres haereditatem adit implorato beneficio inventarii. §. 1621.

Debitoris aliquando interest adversus omnes creditores simul se defendere, quam seorsim adversus singulos. §. 1622.

Voluntate creditorum jacentis haereditatis, vel debitoris absentis, aut latitantis concursus judicium institui potest. §. 1623.

Muliere instante, ut dos in tuto collocetur, aliquando fit creditorum concursus. §. 1624.

Concursus judicio incoepto debitor creditoribus sponte solvere nequit. §. 1625.

Quae de concursus judicio, seu instantia discussionis expendere praestet? §. 1626.

Judex instantiae discussionis apud nos plerumque est Senatus. §. 1627.

In judicio concursus eligi debet curator bonorum, nec non oeconomus, seu administrator. §. 1628.

Quale sit curatoris officium? §. 1629.

Creditores omnes in judicio concursus vocari debent. §. 1630.

Quid si aliqui ex creditoribus, vel jus habentibus in judicium veniant post praefinitum tempus? §. 1631., *et* 1632.

Judicii concursus expensae primum locum obtinent. Quid in his contineatur? §. 1633.

Expensae postremae infirmitatis, et funeris solvuntur post judicii sumptus? §. 1634.

Quid de impensis praecedentium infirmitatum? §. 1625.

Quae desiderentur probationes, ut medici, chirurgi, et pharmacopolae consequantur, quod sibi deberi allegant. §. 1636., *et* 1637.

Quis sit creditorum ordo post expensas ultimae infirmitatis, et funeris? §. 1638.

Reditus censuum ultra quinque annos praelationis jure aliquando non gaudent in concursus judicio. §. 1639.

An creditor in fundo censuali praelationis jure gaudeat? §. 1640.

Census, instituto concursus judicio, in creditum abeunt, nisi vitalitii sint. §. 1641.

Quid si fundus a debitore venditus cum pacto redimendi, post institutum judicium concursus, alteri a curatore vendatur? §. 1642.

Mulieri in judicio concursus bona adjudicantur ad largam aestimationem, si vir superstes sit. Quid si decesserit? §. 1643., *et* 1644.

Fidejussor in concursu eodem jure utitur, ac creditor. §. 1645.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

An fidejussor, qui omnibus beneficiis renunciavit, creditorem cogere possit, ut in judicium concursus veniat? §. 1646., *et* 1647.

Creditoribus chirographariis non satisfit, nisi hypothecariis dimissis. An aliquis sit inter chirographarios ordo? §. 1648.

Advocati, et procuratores pro pecuniis erogatis, vel patrociniis exhibitis ante discussionis instantiam quo jure utantur? §. 1649.

Quid si debitor titulo haereditario bona acquisierit, aere alieno gravata? §. 1650.

Legatarii, et creditores defuncti, cujus bona ad communem debitorem pervenerunt, an juste postulent bonorum separationem? §. 1651., *et* 1652.

Hypothecarii creditores non indigent bonorum separatione. §. 1653.

Quo tempore petenda sit bonorum separatio? §. 1654.

An creditores ex caussa onerosa praeferri debeant illis, quibus titulo lucrativo debetur? §. 1655.

Creditores in concursu jurare coguntur de veritate sui crediti. §. 1656.

Caussae concursus una sententia definiri debent. Quid si aliquis ex creditoribus de jure suo plene prius edocuerit? §. 1657.

Res sua domino ante graduationis sententiam adjudicari potest. §. 1658.

Filio, cui dos super patrimonio fratris debeatur, recte eam postulat, etiam ante finitam discussionis instantiam. §. 1659.

Quid si creditum alicujus certum in se sit, sed incertum quoad quantitatem? §. 1660.

Bona debitoris, elapso tempore creditoribus dato ad jura sua firmanda, publice vendi debent. §. 1661.

Quid si ex debitoris bonis quaedam sint partim libera, partim vinculo obnoxia, nec commodam divisionem patiantur? §. 1662.

Si emptores non inveniantur, post iteratam subhastationem creditoribus adjudicantur. §. 1663.

Quid si ex pretio bonorum venditorum aes omne alienum dissolvi nequeat? §. 1664.

Quid si post latam de jure creditorum sententiam quaedam debitoris bona inveniantur? §. 1665.

Major creditorum pars debitori concedere potest syngrapha, aut moram ad solvendum. §. 1666.

Debitor post obtentum libellum, quo creditores in jus vocentur, his nondum vocatis, coeptum judicium deserere potest. §. 1667., *et* 1668.

§. 1620.

Judicium concursus, seu judicium, quo omnes unius debitoris creditores simul concurrunt, de juribus suis simul experturi; ita ut judex una sententia complectatur, quae ad singulos creditores pertinent, ex quinque diversis caussis, prout scite tradit clarissimus auctor (1), institui solet, seu in quinque casibus, vel voluntate et facto debitoris, vel voluntate creditorum: 1. Voluntate debibitoris judicium concursus instituitur, cum quis debitis oneratus supra vires sui patrimonii, atque metuens, ne in carcerem, instantibus creditoribus, detrudatur, bonis ignominiose cedere statuit (2): ignominiam cessionis ferre malens, quam carceris angustias.

(1) *V. Pratic. Legal. part.* 1. *Tom. I. tit.* 24. *pag.* 143.
(2) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 1. *ad* 13.

§. 1621.

Secundus casus est, cum haeres ad legitimam, vel testamentariam vocatus haereditatem, quae ingenti aere alieno praegravata vere sit, vel timeatur, eam pure adire non vult, sed uti beneficio legalis inventarii, ne alioquin ex suis bonis creditores haereditarios dimittere cogatur: de hoc casu fuse diximus, cum opportune egimus de beneficio legalis inventarii, ejus jure, et conditionibus (1).

(1) *Tom. VII. pag.* 237. §. 953., *et seqq.*

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1622.

3. Quandoque debitor ipse, licet aeri alieno exsolvendo sufficientes habeat facultates, attamen, ut gravissimas discussionum molestias evitet, neve adversus singulos seorsim creditores se defendere cogatur, aut pati, ut bona illis in solutum dentur minori aestimatione; cum immo, si bona publice sub hasta vendantur, spes sit, futurum, ut majus pretium inde redigatur, utilius existimat simul vocari creditores omnes, seu concursus creditorum judicium instituere.

§. 1623.

Creditorum facto, seu voluntate concursus fit: 1. Cum debitoris defuncti haereditas jacet, quia nemo est, qui eandem adire velit; vel debitor absens est, aut latitat: atque ideo quidam ex creditoribus magistratum adeunt postulantes, ut in jus vocetur haeres, si quis sit, vel legitimus, vel testamentarius ad defendenda debitoris bona; vel ut curator bonis constituatur, adversus quem creditores de juribus suis experiri possint (1), prout alibi ex proposito disseruimus (2).

(1) *V. de hac re Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 12. *ad* 18.

(2) *Tom. II. pag.* 41. §. 145. *ad* 238.

§. 1624.

Postremo concursus creditorum aliquando fit instante muliere, cujus maritus ad inopiam vergat, et ideo postulat dotem suam in tuto collocari (1) super mariti bonis, quae adhuc supersunt: atque, ne ullam imposterum molestiam patiatur, in jus vocat creditores mariti, ut de juribus suis fidem faciant, atque caussas proferant, si quae eis suppetant, cur mulier suo loco pro dotis securitate collocari non debeat. Sed et hanc rem suo loco pertractavimus (2).

(1) *L. Ubi adhuc* 29. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(2) *V. Tom. IV. pag.* 436. §. 1631. *et seqq.*

§. 1625.

Cum igitur de secundo (§. 1621.), quarto (§. 1623.), et quinto casu (§. praeced.) suis locis dixerimus, immo et quae ad eos pertinent, fere conveniant aliis duobus (§. 1620., et 1622.), idcirco paucis subjiciemus, quae posteriorum casuum singularia sunt, et quae de caeteris opportunius hoc loco traduntur. Imprimis incoepto concursus judicio, seu discussionis instantia, prohibetur debitor, ne cuicumque ex creditoribus solvat; aut bona in fraudem creditorum alienet; quod si secus factum fuerit, creditores, quibus solutum est, jubentur in communem massam conferre, quod acceperunt: atque revocatur, quod dolose distractum est; dolus autem praesumitur, si alienatio brevi ante cessionem bonorum secuta sit (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 13.

§. 1626.

Hisce praemissis, plura sunt quaestionum capita sigillatim expendenda. Imprimis quis sit caussarum concursus legitimus judex. 2. Quod sit judicis officium favore creditorum. 3. An, et quomodo creditores tum praesentes, tum absentes vocandi sint. 4. Quo tempore creditores in judicium venire debeant, et jura sua firmare. 5. Quo ordine bona debitoris inter diversi generis creditores distribuantur.

§. 1627.

Cum in discussionis instantia creditores omnes interesse debeant, vel saltem vocari, atque etiam de absentium, vel se non sistentium juribus statui, idcirco decretum fuit, ut omnes discussionis instantiae, etiam quibus cessio bonorum caussam dedit, coram supremo Magistratu instituantur (1): nisi aliud suadeat tenuitas patrimonii, seu inopia debitoris; quo casu, ut sumptibus parcatur, atque bona creditoribus serventur, potest Senatus judicem domicilii debitoris, aut judicem majorem, quem nos praefectum provinciae vocamus, delegare (2): quinimmo caussae relator arbitri officio fungi potest, si ita Senatui videatur (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 33. §. 14.
(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 41., *et* 42.
(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 23.

Inst. l. 2. tit. 15 ff. l. 20. tit. 4 Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1628.

Ne autem debitor bona interim dilapidet, judex statim eligere debet curatorem bonorum, qui et jura creditorum incertorum, vel absentium tueatur (1), atque insuper oeconomum, seu bonorum administratorem, a quo fidejussor idoneus praestandus est; auditis creditoribus (2), quorum maxime interest, fidelem, et probum esse dispensatorem.

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 22.
(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 23.

§. 1629.

Officium hujus curatoris est singulis bimestribus certiorem reddere judicem de statu caussae: atque in fine cujusque anni rationes exigere a bonorum administratore (1); nec non sumptibus concursus exempla sumere eorum, quae a creditoribus singulis ad jura sua firmanda prolata sunt: eaque ante diem ferendae sententiae dictam actuario dare, ut deinceps caussae relatori tradantur (2). Caetera, quae ad hos curatores pertinent, colligi possunt ex iis, quae alibi diximus (3).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 35.
(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 24.
(3) *Tom. II. pag.* 41., *et seqq.*

§. 1630.

Curatore bonis, et creditoribus incertis, atque absentibus dato, generatim vocandi sunt in judicium tum creditores omnes certi, et incerti, praesentes, et absentes; nisi caussa agatur in judicio revisionis, quo casu sufficit, in jus vocari creditores, de quorum gradu jam pronunciatum est, et curatorem concursus (1); tum quicumque jura in patrimonio debitoris habere contendunt, propositis tribus edictis generalibus (2), ita ut quindecim dies intermedii sint; atque edicta publicari, et affigi debent foribus tribunalis, ubi lis pendet, et postremae communis debitoris habitationis (3): nisi forte debitor muneris caussa alio ad tempus se contulerit: quo casu sufficit, edicta publicari in loco, unde discessit (4).

(1) *V. Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 214. §. 164.
(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 15.
(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 16.
(4) *V. Pratic. legal. ibid.* §. 165., *ubi de cive Casalensi in Sardiniam ex caussa officii profecto, ibique defuncto; tum instituto judicio concursus super jacente haereditate.*

§. 1631.

Post haec tempus praefinitur, intra quod tum creditores jura sua allegent, et probent, tum curator coucursus, et caeteri, quorum interest, excipiant (1): quod si aliquis ex creditoribus, vel jus habentibus in jus veniat post praefinitum postremo edicto tempus, atque dictam sententiae ferendae diem, nulla hinc caussae mora fit, nisi agatur de pupillis, minoribus, universitatibus, aut absentibus, quibus modica dilatio conceditur, ut de juribus suis edoceant (2).

(1) *Reg. Constitution. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 17.
(2) *Reg. Costitution. ibid.* §. 19.

§. 1632.

Caeteri vero (1) praeter impuberes, et qui eorum privilegio gaudent, ab instantia discussionis excluduntur, nec non excidunt ab omni praelationis jure: atque tantum facultas servatur agendi in alio judicio adversus debitorem, rato manente creditorum praescripto gradu, seu collocatione (2): eidem juri subjiciuntur impuberes, universitates, et absentes, si post latam sententiam in jus veniant; repetituri utique ab administra-

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

toribus damnum, quod ex eorum culpa passi sint (3). Non tamen in judicium venire tenentur, qui jura quaedam realia habent in bonis debitoris, puta decimas, aliaque jura feudalia percipiendi; quia haec bonis inhaerent: nisi forte annuae praestationes in praeteritum deberentur (4).

(1) *Etiam qui judicem delegatum a Principe prius obtinuerunt adversus communem debitorem; cum potestas judicis delegati cessare judicetur. Pratic. legal. part. I. Tom. I. pag.* 215. §. 166.

(2) *Reg. Constitution. dict. lib.* 3. *tit.* 33. §. 20.

(3) *Reg. Constitution. ibid.* §. 21.

(4) *Pratic. legal. part. I. Tom.* 1. *pag.* 208. §. 148., *et* 149.

§. 1633.

Quod pertinet ad creditores, qui opportuno tempore in judicio steterunt, singularia quaedam apud nos statuuntur, quorum pleraque ab antiquis pragmaticis traduntur. Sed imprimis revocandum, quod supra (§. 1522.) diximus, judicii sumptibus primum omnino locum dari (1), quo nomine veniunt stipendia judicis, advocati, procuratoris, curatoris, scribae Senatus, dispensatoris, delegati ad bona debitoris vendenda, depositarii rerum mobilium, et quicumque communi creditorum utilitati in discussionis instantia operam praestiterunt (2); quia hi omnes salvam fecerunt creditorum caussam (3). Sed inter haec non computantur expensae a creditoribus erogatae ad jura sua consequenda, propter quae ideo nullum competit praelationis jus: quamquam repeti possunt, si quid supersit, dimissis creditoribus, vel debitor ad pinguiorem fortunam revertatur (4): utiquè vero expensae judicii, in quas reus condemnatus fuerit, hypothecam cum praelatione habent a die, quo principalis summa deberi coepit (5).

(1) *V. Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 150. §. 22.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 25.

(3) *Argum. l. Interdum* 5., *junct. l. sequ. ff. hoc tit.*

(4) *Pratic. legal. ibid.* §. 22. *ad* 24.

(5) *Pratic. legal. ibid.* §. 87., 88., *et* 89.

§. 1634.

Post judicii sumptus prima caussa est creditorum, qui in postremam infirmitatem, et funus impenderint (1); ex caussa ultimae infirmitatis creditores sunt medici, chirurgi, atque pharmacopolae: quidquid autem in corpus, antequam sepeliatur, secundum defuncti qualitatem, et patrimonii quantitatem consumptum est, funeris caussa erogatum censetur (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 26. *in princ. V. supra* §. 1522.

(2) *L. Si quis sepulcrum* 12. §. *Sumptus* 5., *l. Funeris* 37. *ff. de religios., et sumptib. funer.* (11. 7.)

§. 1635.

Alia est ratio impensarum pro infirmitatibus praecedentibus; pro his sola competit personalis actio (1); quia eodem favore dignae non sunt.

(1) *Pratic. legal. d. loc.* §. 124.

§. 1636.

Porro, ut medici, et chirurgi adhibitae curae mercedem consequantur, sufficit, si generatim constet de postrema defuncti infirmitate, tempore, quo duravit, atque de cura ab ipsis adhibita: nec opus est, ut sigillatim de unoquoque actu constet: cum illis fides adhiberi soleat; praesertim quia singularis probatio difficillima est (1): quamquam, si aliqua dubitationis caussa adsit, jurisjurandi suppletorii conditio adjicitur, vel etiam debiti quantitas judicis arbitrio aestimatur (2).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 153. §. 30., *et* 31.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 32., *et* 33.

§. 1637.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l 20. tit. 4. Cod. l 8. tit. 18.

Severior regula servatur quoad pharmacopolas: non enim sufficit editio schedularum, seu libellorum (*), in quibus medicinae in communis debitoris utilitatem suppeditatae descriptae sunt: sed insuper desideratur, ut generatim constet ex depositione familiarium, aegrotum ab ipsis medicamina suscepisse, atque de pretii aequitate (1): quod si pretium ad novam aestimationem, seu taxationem exactum sit, tertia illius pars deducitur, prout passim fieri solet ex recepta consuetudine quoad remedia, non caetera (2).

(*) « *Ricette* ».

(1) *Pratic. legal. d. part.* 1. *Tom. I. pag.* 154. §. 34.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 35.

§. 1638.

Post ultimae infirmitatis, et funeris impensas primus locus datur creditoribus pro mercede locationis praedii urbani, pretio rei immobilis venditae, nec dum solutae, pecunia mutuo data, atque versa in emptionem praediorum, vel necessariam conservationem bonorum debitoris; ita ut creditor pro pensione domus locatae caeteris praeferatur quoad mobilia, et merces in domo, vel promptuariis existentia, atque pro unius anni pensione; posteriores in rebus venditis, quaesitis, vel conservatis ex pecunia mutuo data (1).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 26.

§. 1639.

Deinceps, ut creditoribus omnibus potius, quam singulis consulatur, cautum est, ne creditores pro redditibus censuum praeter vitalitios (1), aut pecuniae creditae usuris, quae legitime accipiantur, collocentur ultra quinque annorum spatium ante coeptam discussionis instantiam (2): salvo utique ipsis jure consequendi, quod reliquum est, post dimissos caeteros creditores hypothecarios, nisi per ipsos non steterit, sive convenientem adhibuerint diligentiam, nec intermiserint, ut debitas accessiones consequerentur (3).

(1) *V. infra* §. 1641.

(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 27.

(3) *Reg. Constitut. d.* §. 27. *in med. V. Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 208. §. 146., *et* 147., *ubi traditur, habitam non fuisse rationem diligentiae, seu petitionis extra judicium, prout constabat ex epistolis communis debitoris.*

§. 1640.

Supra diximus, ex quorumdam sententia creditorem in fundo censuali pignoris, et praelationis jure gaudere (§. 1542.): aliud obtinere traditur in judicio concursus, seu discussionis instantia (1): ideo forte, quia census in hoc judicio, prout mox dicemus, apud nos in credita resolvuntur (2): adeoque, perempta census natura, res ex crediti indole dijudicari debet.

(1) *V. Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 189. §. 106.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 28.

§. 1641.

Ergo census utique communes, non vitalitii (1) instituto ex quacumque caussa concursus judicio in creditum abeunt, quia a suscepti concursus die census redemptio creditoribus indicta videtur, ita ut solius creditae pecuniae petitio supersit (2), licet correi adsint, et fidejussores, ita ut nec rei, nec fidejussores cogi possint ad solvendos reditus annuos ultra quinque annorum spatium ante concursum (3), nisi quaestio sit de reditibus censuum vitalitiorum, vel annuarum praestationum ad vitam; quippequae considerantur tamquam divisae sortis solutiones, quae ideo ultra quinque annos debentur (4).

Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 209. §. 150.
(2) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 204. §. 136.
(3) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 28.
(4) *Pratic. legal. ibid.* §. 151.

§. 1642.

Si fingamus, Cajum Titio vendidisse fundum viginti aureis, adjecto retrovendendi pacto intra certum tempus: interim, instituto judicio concursus super bonis Caji, a curatore concursus eundem fundum Sempronio venditum fuisse: quaeri potest, utrum Cajus pro aureis viginti solutis praelationis in fundo jure gaudeat, atque placuit negantium sententia (1): sane fundus hic Caji nummis emptus videri non potest, quo solo titulo praelatio competere posset (2): adeoque tantum remanet hypotheca (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I.* §. 107. *pag.* 99.
(2) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *titul.* 33. §. 26.
(3) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. §. 7.

§. 1643.

Si mulier, cujus maritus debitor sit, dotes suas, et dotalia jura postulet, dum is adhuc vivit, per modum, ut ajunt, assecurationis, ea collocatur in gradu suo tum pro dote, tum pro augmento, jocalibus, et mundo muliebri aestimatio (inaestimatum mulieri traditur): idest tot bona ad largam aestimationem separantur, ex quibus mulier congrua percipiat alimenta (1): conditione adjecta restituendi augmenti favore creditorum, cum casus contigerit (2).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 155. §. 36. *ad* 39.
(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 40. *ad* 43., *ubi et adjectum, electionem augmenti ususfructus, aut proprietatis titulo a muliere fieri posse coram notario extra judicium.*

§. 1644.

Haec ita, si maritus superstes sit: eo autem defuncto, mulieri intra annum luctus alimenta, et indumenta adjudicantur; et quidem statim post expensas judicii (1). Quod ad vestes pertinet, quas maritus pendente matrimonio uxoris caussa comparaverit; prae oculis habenda est distinctio inter festivas, seu pretiosas, et quotidianas, seu communes, de qua alibi diximus (2).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 161. §. 47. *ad* 49.
(2) *V. Tom. V. pag.* 115. §. 416., *et seqq.*

§. 1645.

Idem jus, quo utitur creditor, ejus quoque fidejussori competit, qui ideo statim post creditorem collocatur in discussionis instantia, pro eo omni, quod ex caussa fidejussionis creditori solverit (1); cum enim obligatio fidejussoris accessoria sit principalis obligationis (2), ad eam, seu ad tempus, quo principalis nata est, retrotrahitur (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 184. §. 93.
(2) *Princip. et* §. 1. *institut. de fidejussorib.* (3. 21.)
(3) *Cap. Accessorium* 42. *extr. de reg. jur. in* 6. *Decret.*

§. 1646.

Utrum Sempronius, qui pro Titio fidejusserit, atque omnibus fidejussorum beneficiis renunciaverit, eumdem Titium cogere possit, ut in judicio concursus se sistat, non ita facile definitur: affirmandum aliquibus videtur; attamen placuit negantium sententia (1): forte quia aliud fidejussori remedium praesto est, nempe beneficium cedendarum actionum a creditore, qua cessione peracta, ipse potest jura creditoris prosequi.

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I.* §. 94. *pag.* 184.

§. 1647.

Sane, si creditor in judicium concursus non veniat, perpetuum ipsi quoque silentium indicitur (1): quinimmo, si diu post sententiam collocationis, seu graduationis,

ut ajunt, creditor conveniat fidejussorem, atque hic indemnitatem consequi nequeat a debitore principali, nec ei imputari possit, cur citius non egerit adversus debitorem, puta quia fidejussionem a defuncto, cui haeres extitit, praestitam ignoraverit, aequum esset fidejussori innoxio succurri contra negligentem creditorem, qui nec sibi prospexit, nec fidejussori (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4 Cod. l. 8. tit. 18.

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 21.

(2) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 284. §. 94. *ad* 97.

§. 1648.

Creditoribus hypothecariis dimissis, si quid supersit, satisfit chirographariis: inter quos etiam quidam ordo servatur, non quidem habita ratione temporis, sed caussae (§. 1520.). Hinc creditores, qui operam posuerunt in percipiendis fructibus bonorum debitoris, caeteris creditoribus praeferentur in iisdem fructibus (1): architectus pro operis, et typo (2), operarii, artifices, et qui materiam suppeditarunt in domo aedificata, vel restaurata, dummodo de his satis constet (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I.* §. 98. *pag.* 186.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 99.

(3) *Pratic. legal. ibid.* §. 100. *ad* 102. *pag.* 187.

§. 1649.

Advocati, et procuratores pro pecuniis erogatis, vel patrociniis exhibitis ante coeptam discussionis instantiam, unde conservata, manifesta, reddita, aut quaesita sint jura, aut bona, quae in patrimonio debitoris adhuc extent, inter hypothecarios, vel chirographarios creditores collocantur, prout instrumentum, aut scripturam privatam debito modo confectam habent, nec ne: data tamen ipsis praelatione super hisce bonis, quatenus communis creditorum caussa hinc melior effecta est (1). Sane, prout ex modo traditis de fructibus (§. praec.) constat, praelatio creditoribus datur non tantum in rebus immobilibus, sed etiam in mobilibus (2).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I* §. 103. *pag.* 188.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 104. *pag.* 188.

§. 1650.

Si Maevius debitor, super cujus patrimonio concursus judicium institutum est, titulo haereditario, vel alio quolibet Titii bona consecutus sit, creditores Titii praelationem cum hypotheca consequi quidem possunt in hujus bonis, sed inter chirographarios recensentur quoad Maevii bona, jure utique praelationis gaudentes in bonis Titii, cum quo contraxerunt (1): actionem videlicet personalem habent adversus Maevium ex quasi contractu, qui in haereditatis aditione continetur (2).

(1) *Pratic. legal. d. part.* 1. *Tom. I.* §. 108., *et* 109. *pag.* 190.

(2) §. *Haeres quoque* 5. *instit. de obligat. quae quasi ex contract.* (3. 28.)

§. 1651.

Idem jus obtinet pro legatariis defuncti, cui debitor successit; hi quippe hypothecam in bonis defuncti legantis habent (1), non tamen in bonis haeredis; adeoque sola ex quasi contractu personali actione experiri possunt (2), ex qua inter chirographarios creditores gradum consequuntur, cum praelatione tamen odio creditorum, etiam hypothecariorum debitoris: ut autem chirographarii creditores defuncti jura sua facilius percipiant, recte desiderant, bona defuncti a bonis debitoris separari (3).

(1) *L.* 1. *cod. commun. de successionib.* (6. 59.)

(2) *D.* §. *Haeres* 5. *instit. de obligat. etc.* (3. 28.)

(3) *L. penult. ff. de separationib.* (42. 6.), *l.* 1., *et* 2. *cod. de bon. auctorit. judic. possidend.* (7. 72.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit 4. Cod. l. 8. tit 18.

§. 1652.

Haec autem separatio bonorum in legatariis vix locum habere potest, postquam a Justiniano hypotheca illis data est ad legata consequenda (1): nisi forte annua tantum praestatio debeatur, puta monacho: quo casu Senatus mandat, tot bona haereditaria separari, quorum annuus redditus debitam praestationem aequet; ea utique lege, ut post legatarii, vel creditoris mortem ad concursum revertantur (2).

(1) *L. 1. cod. commun. de legat., et fideicommis.* (6. 43.)

(2) *Pratic. legal. part. 1. Tom. I. pag.* 150. §. 20., 21., *et* 115.

§. 1653.

Quod diximus de separatione bonorum defuncti a bonis communis debitoris, favore creditorum defuncti, verum est, si creditores chirographarii sint; si enim hypothecam habeant, competit ipsis actio realis, ut scite monet Thesaurus (2), super bonis defuncti etiam contra haeredem; non tamquam haeredem, sed tamquam tertium possessorem (2).

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 55. *num.* 6.

(2) *L. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1654.

Separatio haec, ut obiter dicamus, intra quinquennium peti debet (1): si tamen lis contra haeredem contestata sit, et agatur, etiam post quinquennium impetrari potest (2): sed, si haeres interim bona alienaverit, nonnisi facta excussione bonorum haeredis separationem peti posse ex aequitate magis, quam stricto jure, censuit Senatus (3).

(1) *L.* 1. §. *Quod. dicitur* 13. *ff. de separationib.* (42. 6.)

(2) *Thesaur. d. lib.* 3. *quaest.* 55. *num.* 8. ✠

(3) *Thesaur. ibid. num.* 10. ✠

§. 1655.

Disputant interpretes, utrum creditores ex caussa onerosa praeferri debeant illis, qui titulum lucrativum habent. Quidam affirmant (1); verum congruentius negant alii; quia aeque firmum est jus, quod titulo lucrativo acquiritur, ac quod habetur titulo oneroso: favorabilior equidem est conditio creditoris de damno vitando certantis, quam alterius, qui lucrum captare vult, cum res dubia est (2), vel agitur de privilegiis (3): sed, si certum sit utriusque creditoris jus, et uterque nitatur jure communi, nulla afferri potest lex, quae unum alteri creditorem praeferat.

(1) *Argum. l. Et, si quis impediat* 14. §. 1. *ff. de religios. etc.* (11. 7.), *l. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. Quae in fraud. creditor.* (42. 8.), *l. Non debet* 41. *ff. In re obscura* 2. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Prout in objectis legibus.*

(3) *L. Verum* 11. §. *Item quaeritur* 6. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1656.

Quod pertinet ad probationes a creditoribus edendas, ut consequantur, quod debitum est, duo statuuntur: 1. Probationes, quae in judiciis singularibus contra debitorem editae sint, eandem vim retinere in judicio concursus, seu in discussionis instantia (1): 2. Jubentur creditores jusjurandum praestare de veritate crediti, quod solvi postulant (2).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 33. §. 25.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 29.

§. 1657.

Post haec cavetur, ut caussae concursus, seu instantiae discussionis bonorum una sententia absolvantur; qua suo quisque ex creditoribus, qui judicio steterunt, ordine collocetur (1): potest tamen, pendente discussionis instantia, alicui creditori, qui de jure suo plene edocuerit, solvi, injuncta tamen satisdatione restituendi pecuniam solutam cum usuris, si ita judicari contigerit (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 30.

(2) *Argum. l. Procuratoris* 5. §. *ult. ff. de tribut. action.* (14. 4.), *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 211. §. 158.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 4. Cod. l. 8. tit. 18.

§. 1658.

Quinimmo, si quis rem sive mobilem, sive immobilem vindicet dominii jure, ante graduationis sententiam res domino adjudicatur (1); et vicissim sententia pro creditorum ordine ferri potest, licet dominii quaestio nondum perspicua sit (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 37., *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 148. §. 15.

(2) *Reg. Constit. d.* §. 37. *in med.*, *Pratic. legal. ibid.* §. 16., *et* 17.

§. 1659.

Hinc filia, cui dos congrua debeatur super patrimonio fratris, jure petit, ut, praevia ejusdem aestimatione, seu taxatione, tot bona separentur, quamvis super fratris bonis discussionis instantia pendeat (1): atque idem dicendum de annuis praestationibus a fratre debitis judicio patris (2): uti jam innuimus (§. 1652.): nec non favore mulieris, si discussionis instantia super mariti bonis instituta proponatur: quo tamen casu redditus quantitatis pro dote separatae in utilitatem caeterorum creditorum cedunt, si annua quaedam portio interim marito detur ad familiae sustentationem (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 148. §. 18.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 20., *et* 21.

(3) *Pratic. legal. ibid.* §. 19.

§. 1660.

Sed quid juris, si creditum in se certum sit, sed incertum quoad quantitatem, ita ut nonnisi post longum tempus illius quantitas sciri possit; puta quaestio sit de indemnitate praestanda ex caussa molestiarum, aut evictionis, redditione rationum, deductionibus, compensationibus, et similibus. Sententia de ordine creditorum ferenda est etiam favore Titii, prout in alio judicio constabit (1); etenim non decet, moram fieri creditoribus, quorum jus certum est; atque simul prospiciendum illis, qui jus suum deinceps plene demonstraturi sunt.

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 200. §. 127., *et* 128.

§. 1661.

Elapso tempore creditoribus dato ad jura sua demonstranda, Magistratus, in cujus potestatem, instituto concursus judicio, translatum censetur patrimonium defuncti, et ad quem spectat, tum ut bona recte administrentur, tum ut creditoribus satisfiat (1), ex officio mandat, bona debitoris publice sub hasta vendi, dilata tantum venditione eorum, quae quis ad se pertinere dominii, fideicommissi, aut alterius vinculi jure contendit: dilata, inquam, donec de his controversiis pronunciatum sit (2): non tamen venditionem impedit specialis hypotheca, sed pretium loco rei succedit, et pignori devinctum manet (3).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 210. §. 152.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 37.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 37. *in fin.*

§. 1662.

Quod si ex bonis debitoris quaedam sint partim libera, partim vinculo, puta fideicommissi, obnoxia, nec commodam divisionem patiantur, Senatus arbitrio permittitur, ut auditis illis, quorum interest, statuat, prout utilius esse arbitrabitur (1): atque venditarum rerum pretium emptores solvunt, prout Senatus decreverit (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 38.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 39.

§. 1663.

Neque casus praetermissus est, quo emptores non inveniantur: minori pretio rursus, semel tantum, sub hasta ponuntur (1): quod si nec ita vendi possint, creditoribus

Inst. l. 3. tit. 15. N. l. 20. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 18.

in solutum dantur ad justam aestimationem, salvo utique prioribus creditoribus jure consequendi emolumentum tertii, seu tertiae partis pretii, quoties, caeteris creditoribus dimissis, aliquid supersit (2).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 211. §. 155., *et* 156.

(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 33. §. 40.

§. 1664.

Si ex pretio bonorum venditorum aes omne alienum dissolvi possit, singulis creditoribus habita hypothecae, praelationis, et privilegii ratione successive satisfit: quod si patrimonium aeri alieno non sufficiat, imprimis dimittuntur creditores hypothecarii (1), tum chirographarii privilegio muniti: postremo, quod superest, distribuitur inter creditores chirographarios simplices, ut ajunt, seu nullo privilegio gaudentes pro rata debiti quantitate (2).

(1) *L. Pro debito* 6. *cod. de bon. auctoritat. judic. possidend.* (7. 72.)

(2) *D. l.* 6. *in fin.*

§. 1665.

Quaeri potest, utrum bona ad communem debitorem spectantia, quae post latam de jure creditorum sententiam detegantur, sub hasta vendi debeant, nec ne. Creditoribus, quibus plene satisfactum non sit, haec bona addici posse placuit, dato etiam eligendi jure ratione hypothecae, et praelationis, qua gaudeant; praevia utique bonorum a perito facienda aestimatione; nec denegato posterioribus creditoribus jure offerendi, prout ex legum sanctione competere potest (1).

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 212. §. 160.

§. 1666.

Quaedam hic pro coronide subjicienda putamus, quae opportune alibi tradi non potuerunt. Primum est, in syngraphis (*), aut mora ad solvendum debitori data ex consensu creditorum majorem partem minori nocere (major autem pars pro rata debiti aestimatur) ita ut duas ex tribus partibus complectatur (1): creditorum, inquam, quibus personalis tantum actio competit, non hypothecariorum; his quippe non nocet consensus majoris partis (2), prout supra demonstravimus (§. 789., et seqq.)

(*) « *Salvi condotti* ».

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 33. §. 31.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 32.

§. 1667.

Alterum est, debitorem, qui obtinuerit a judice libellum, quo creditores in jus vocentur, ut discussionis instantia, seu concursus creditorum instituatur, posse, si creditores nondum vocaverit, coeptum judicium deserere (1): creditor tamen, qui haec perspecta habuerit, judicio singulari contra debitorem agere potest (2); nec enim obtendere potest judicium universale debitor, qui coeptum prosequi negligit.

(1) *Pratic. legal. part.* 1. *Tom. I. pag.* 213. §. 161., *et* 162.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 163.

§. 1668.

Sed satis de his, quae discussionis instantiae speciatim conveniunt: caetera, quae ad jus, et privilegia creditorum pertinent, repeti debent ex illis, quae generatim suo loco traduntur.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

CAPUT V.

De pignoris constituti effectibus.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 5. } *De distractione pignor.*
Cod. lib. 8. tit. 28. }

SUMMARIA.

Debitore suo tempore non solvente, creditor ex pignore jus suum consequitur. §. 1669.
Pignus rem afficit in quemcumque possessorem transeat. §. 1670.
Actio quasi Serviana creditori competit ad jus pignoris persequendum. §. 1671.
Creditor pignus persequens probare debet jus suum pignoris, et rei conventi possessionem. An dominium debitoris probari opus sit? §. 1672.
Creditor pignus persequi potest tum adversus debitorem, tum adversus tertium possessorem. §. 1673.

§. 1669.

Cum pignus inter obligationes referatur, quae re contrahuntur (1), ut saepe diximus, atque inde creditori per pignus, vel hypothecam jus in re pignori tradita in debiti securitatem constituatur, sponte sequitur, debitore suo tempore non solvente, debiti solutionem ex pignore quaerendam; vel ita, ut pignus vendatur, atque ex redacto pretio creditori satisfiat; vel ut res ipsa pignoris vinculo nexa creditori in solutum detur, aut jure dominii adjudicetur.

(1) §. *ult. institut. hoc tit.*

§. 1670.

Pignus ergo, seu vinculum pignoris rem ipsam afficit; adeoque, tametsi a debitore distrahatur, res cum suo onere in quemcumque possessorem transit (1). Nec interest, utrum tertius possessor pignoris antea constituti conscius sit, nec ne; an lucrativo, an oneroso titulo rem comparaverit; cum jus in re creditori semel quaesitum sine ipsius voluntate, vel facto auferri non possit; nec demum, an res immobilis, an mobilis specialiter sit obligata (2): si tamen creditores hypothecarii res publice alienari cognoverint, et siluerint, juri suo renunciasse censentur (3).

(1) *L. Paulus respondit* 29. §. *Domus* 2. *ff. de pignoribus* (20. 1.), *l. Debitorem* 15. *cod. eod. tit.* (8. 14.), *l. Si debitor* 12. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Si is, qui rem* 66. *ff. de furtis* (47. 2.)
(3) *L. Si eo tempore* 6., *et l. sequ. cod. de remission. pignor.* (8. 26.)

§. 1671.

Creditori ad jus pignoris persequendum parata est actio Serviana, seu quasi Serviana, quae etiam hypothecaria appellatur (1): quia experiri potest non tantum adversus debitorem, sed et adversus quemlibet possessorem, aut qui dolo malo possidere desierit (2): hac autem actione id potissimum petit creditor, ut sibi liceat pignus vendere, atque ex pretio debitam pecuniam consequi.

(1) §. *Item Serviana* 7. *institut. de actionib.* (4. 6.)
(2) *L. Si fundus* 16. §. *In vindicatione* 3. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

§. 1672.

Creditori pignus persequenti duo probanda sunt. 1. Se pignoris jus habere in re, de qua agitur. 2. Eum, qui convenitur, possidere; primum pertinet ad jus agentis, alterum ad obligationem rei conventi: jus pignoris duo requirit: conventionem, qua pignus

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

constitutum sit, atque rei dominium penes debitorem, cum ea pignori tradita fuit. Si creditor adversus ipsum debitorem pignus possidentem agat, sufficit conventionem, et rei identitatem probare; nec enim debitor quaestionem dominii referre potest (1): si vero res a tertio possideatur, insuper probandum, rem in bonis debitoris fuisse, cum pignori data est; vel in generali hypotheca, rem ad debitorem pervenisse, antequam distraheretur (2): tametsi possessor ab ipso debitore emerit (3); cum enim res aliena vendi possit (4), qui emit, non ideo fatetur dominium venditoris: non tamen cogitur creditor hypothecaria agens rem sibi obligatam oculis adversarii subjicere, sed sufficit contractum exhibere, et rei identitatem per testes probare (5).

(1) *Rem alienam* 41. *ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(2) *L. Et quae nondum* 15. §. 1. *ff. de pignorib.* (20. 1.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. de pignoribus lib.* 8. *tit.* 6. *def.* 23.
(4) *L. Rem alienam* 28. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)
(5) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 24.

§. 1673.

Dicendum igitur de jure persequendi pignoris, ejusque distrahendi: cum autem saepe contingat, ut res pignorata penes debitorem amplius non sit, sed apud tertium possessorem, in eum a debitore translata, atque hoc casu prius hypothecaria actione experiendum adversus possessorem, quam distrahi possit, primo quoque loco disserendum putamus de pignoris apud tertium existentis persecutione.

Sectio I.

De jure pignoris persequendi adversus tertios possessores.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligation., quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 1. } *De pignor., et hypothecis.*
Cod. lib. 8. tit. 14. }

SUMMARIA.

Creditor jure vetere Romanorum poterat pro arbitrio debitorem, aut fidejussores, vel pignora excutere. Quid novo cautum sit? §. 1674.

An possit opponi exceptio non excussi Principis? Quid de collaudatore? §. 1675.

An beneficio excussionis gaudeat possessor, qui rem emerit sciens pignoris vinculum? §. 1676.

Excussionis beneficio caret possessor pignoris, qui rem emerit post litem, ipso sciente, de ea re contestatam. §. 1677.

Expenditur quaestio, utrum excussionis necessitas vigeat etiam in hypotheca speciali. §. 1678.

Vindicationis jus, atque necessitas praeviae excussionis simul consistere possunt. §. 1679.

Mulier ex caussa dotis agens prius excutere tenetur debitorem principalem, nisi excussio nimis difficilis sit. §. 1680.

Creditori annuae perpetuae pensionis opponi non potest exceptio non factae excussionis. §. 1681.

An creditor hypotheca generali munitus, qui consenserit, ut ex illis fundus venderetur, salvo pignoris sui jure, debitorem prius excutere teneatur? §. 1682.

An clausula constituti efficiat, ne possessori opponi possit exceptio non excussi debitoris? §. 1683., *et* 1684.

Excussio prius facta non prodest, si debitor deinceps fiat locupletior, vel decedat cum haerede idoneo. §. 1685. Inst. l. 3. tit. 16.

Haeredes excussionis beneficio non gaudent. §. 1686. ff. l. 20. tit. 1.

Unus ex haeredibus creditoris hypothecaria actione totum debitum consequi non potest, nisi cohaeredes consentiant, vel de rato caveat, si absentes sint, aut res individua debeatur. §. 1687. Cod. l. 8. tit. 14.

Debitor hypothecaria conventus uni ex haeredibus creditoris totum debitum, luendi pignoris caussa, solvere potest, si cohaeredes sint in mora accipiendi. §. 1688.

Actio in solidum facilius permittitur, quam facultas accipiendae solutionis. §. 1689.

Executio male coepta adversus pignorum possessores aliquando potest confirmari. §. 1690.

Cohaeres, qui totum debitum solverit, partem a cohaeredibus repetit. §. 1691.

An possessor pignorum, qui totum debitum solverit, partem a caeteris possessoribus consequi possit? §. 1692., et 1693.

Possessores pignorum juvari aequius est, quam extraneos, qui pro debitore ignorante solverint. §. 1694.

Possessor injustus non facit contra legem in eo, quod debitum solvit, et ita pignus liberat. § 1695.

Quo differant debitores, et tertii pignorum possessores in obligatione solvendi, ut creditorem hypothecaria agentem excludant? §. 1696.

Pignoris persequendi jus individuum est; nec, nisi toto debito soluto, removetur. §. 1697.

Actio hypothecaria durare potest, etiam pro quantitate debiti soluta, contra tertium possessorem. §. 1698., et 1699.

Possessor solvens plerumque juste petit actionum cessionem. §. 1700.

Lis inter eos solos agitari debet, quorum interesse potest. §. 1701.

Pignus debitoris nomine plerumque vendi solet, non creditoris. §. 1702.

Creditores, quibus eadem res pro parte obligata est, pro parte tantum experiri possunt. §. 1703.

Quid si res eadem in solidum pluribus obligata fuerit? §. 1704.

Actio hypothecaria triginta annorum spatio concluditur. §. 1705.

Nomine pignori dato, creditor utilem actionem habet adversus debitoris debitorem. An hic suo creditori solvere possit? §. 1706.

Retentio pignoris possessori facilius datur, quam actio. §. 1707.

Pignus ob chirographariam pecuniam retineri potest. §. 1708.

Emptor, licet sub pacto retrovendendi, fundum retinere potest, donec sibi solutum, sit, quidquid debetur. §. 1709.

Quid si pignus sub hasta venditum sit, atque addictum creditori minori pretio, quam deberetur? §. 1710.

Creditor chirographarius pignus retinere non potest ob pecuniam, quam mutuam dederit post creditorem hypothecarium. Quid de pecunia prius credita? §. 1711., et 1712.

Pignus ob pecuniam chirographariam retinere non potest creditor, si ita convenerit. §. 1713.

Creditor hypotheca agens disputare non tenetur, an possessori quid debitum sit, nec debitorem defendere. §. 1714.

Bonorum mobilium vindicatio a tertiis possessoribus apud nos permittitur, prout jure Romano cautum est. §. 1715.

Possessor, absque dolo malo negans rem fuisse debitoris, possessione sua non privatur. §. 1716.

Possessor pignoris, rem lite pendente alienans, liti sistere debet, et curare, ut novus quoque possessor in judicium veniat. §. 1717.

Inst. l. 3. tit. 16 ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8 tit. 14.

Adjudicatio pendente lite decreta a singulis pignorum possessoribus creditori praestanda est. §. 1718.

Exceptio soluti debiti competit cuilibet possessori hypothecaria convento, licet debitor per collusionem se debere fateatur. §. 1719.

Possessor pignoris objicere potest exceptiones omnes, quae debitori competunt. §. 1720.

An possessor, pignus lite pendente alienans, fructus in omni casu restituere teneatur? §. 1721.

An litis sumptus ex ipsis rebus oppignoratis praestari debeant, quemadmodum usurae? §. 1722.

Actio personalis, et hypothecaria cumulari possunt: atque variare licet. §. 1723.

Creditor anterior pro periculo futurae evictionis impedire non potest, quominus posteriores pignora sua persequantur. §. 1724.

§. 1674.

In quaestione de jure persequendi pignoris, quod hypothecario creditori competit, veteres Romanorum sanctiones posterioribus non consentiunt. Vetere jure creditor pro arbitrio poterat debitorem principalem, fidejussores, aut pignora excutere (1), si modo debitores praesentes prius convenisset, atque ita non solventes in mora constituisset (2): novo autem, quod Justinianus induxit, debitor prius excutiendus est, tum fidejussor, et postremo tantum loco tertius pignoris possessor conveniri potest. (3).

(1) *L. Persecutione* 24. *codic. hoc titul.*
(2) *L. Debitores* 10. *cod. hoc tit.*
(3) *Novell.* 4. *cap. Sed neque* 2.

§. 1675.

Quinimmo tradit Faber, posse opponi exceptionem etiam non excussi Principis; itaut ad ejus procuratorem generalem, aut patrimonialem recurri creditor jubeatur: atque creditori proderit exceptio haec, si forte ob Thesaurarii, vel aliorum officialium Principis tergiversationem judicati executio difficilior sit (1). Nec tantum debitor, sed et debitoris fidejussor, atque fidejussoris collaudator prius excuti debent, quam tertius possessor hypothecaria conveniatur (2); collaudator fidejussoris loco est (3), cum se soluturum spondeat, quod a fidejussore creditor consequi non poterit (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 32.
(2) *Auth. Hoc si debitor, post. l.* 24. *cod. hoc tit., d. Novell.* 4. *cap. Sed neque* 2.
(3) *Fab. d. definit.* 32. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*
(4) *V. d. Novell.* 4. *cap.* 2.

§. 1676.

Plures tamen sunt hujus regulae exceptiones. Imprimis quidam sentiunt, excussionis beneficio non gaudere possessorem, qui, sciens pignoris vinculum, rem emerit (1); quia jura deceptis, atque ignorantibus subveniunt, non scientibus: verum repugnant alii; etenim, inquiunt, imputari non potest emptori, cur emerit rem alteri obligatam, cum creditori nec damnum, nec injuriam inferat: nec per emptionem scienter factam videri potest renunciasse juri excussionis. Sane, cum hodie generalis bonorum hypotheca in contractibus adjici soleat, atque apud nos tacite subintelligatur (2), vix autem sit, qui aliquem contractum non ineat, fere nunquam, admissa contraria sententia, excussionis beneficio locus esset. Hisce tamen non obstantibus, Sabaudus Senatus, si Fabro credimus, priorem sententiam amplexus est (3).

(1) *Voet in Pandect. qui potior. in pign. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 3. *fer. in princip.*
(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. §. 8.
(3) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 33.

§. 1677.

Facilius recipiendum, quod subjicit idem auctor (1), denegandum esse excussionis beneficium possessori pignoris, qui rem obligatam emerit, postquam lis, eo sciente,

contestata fuerat de eadem re a creditore contra debitorem; quia res haec litigiosa est, quae ideo nec vendi, nec emi potest (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 3. *fer. in princip.*

(2) *Novell.* 112. *cap.* 1. *in princip.*

§. 1678.

Non consentiunt interpretes, utrum excussionis necessitas vigeat non tantum in generali, sed etiam in speciali hypotheca: quidam affirmant, negant alii, existimantes, creditori, qui rem tantum certam obligatam habeat, non incumbere onus excutiendi debitorem. Qui affirmant, nituntur priori Justiniani constitutione, quae omnino generalis est, et ad omnes hypothecas pertinet (1).

(1) *D. Novell.* 4. *cap. Sed neque* 2.

§. 1679.

Qui specialem hypothecam a generali in hac re distinguunt, pugnant posteriore ejusdem Justiniani sanctione, qua Imperator permittit quidem debitoribus, ut res speciatim obligatas vendant, sed simul permittit creditori earum vindicationem, si ex pretio illi satisfactum non sit (1): atque inde colligunt, necessitatem excussionis tantum superesse in generali hypotheca: sed non satis apte (2), prout aliis videtur; etenim ne verbum quidem est in laudata constitutione (3), ex quo juris veteris (4) abrogatio, aut emendatio erui possit; licentia utique competit vindicandi rem speciatim obligatam, prout ait Justinianus: ergo necessaria non est excussio debitoris; illatio haec a juris civilis regulis plane aliena est, cum simul stare possint jus vindicationis, et necessitas praeviae excussionis (5); praeterquamquod, ut omnes norunt, legum emendatio facile admitti non debet (6).

(1) *Novell.* 112. *cap.* 1. *versic. Ut si quidem speciales.*

(2) *V. supra* §. 1538., *et seqq.*

(3) *D. Novell.* 112. *cap.* 1.

(4) *Qui continetur in d. Novell.* 4. *cap. Sed neque* 2.

(5) *Ut patet ex d. Novell.* 4. *cap.* 2.

(6) *L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 1680.

Hinc Regio jure cautum, ut mulier, sive agat ad dotem in tuto collocandam (1), sive ad illius, soluto matrimonio, restitutionem, non secus ac quivis alius creditor, prius excutere teneatur reum principalem, atque ex bonis penes eum existentibus solutionem urgere; quam si obtinere nequeat, in subsidium actio competit in bona alienata (2); nisi excussio intricata, vel difficilis sit: aut creditores quodam praelationis privilegio non gaudeant (3): adjectum quoque, mulierem, impedire non posse, ne mobilia mariti bona in executionem judicati capiantur si ex aliis bonis ipsi satis cautum sit (4): nominum autem excussio plerumque nimis difficilis reputatur (5).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 16. §. 9.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 11.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 11. *in fin.*, *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 29.

(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 10.

(5) *Fab. d. defin.* 29. *cod. hoc tit.*

§. 1681.

Possessor fundi, super quo imposita est annua pensio perpetua, et in perpetuum solvenda, non habet, ait Faber, exceptionem ordinis, et non factae excussionis, sed recta conveniri potest (1); quia hoc onus speciale est rei, quod proinde omnino, et necessario sequitur successorem singularem: quo fundamento traditur, pro fructibus census agi posse hypothecaria adversus tertios possessores fundi censiti (2).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib. 8. tit. 6. definit.* 36.

(2) *Quia et singulare rei onus est, quo creditor census speciatim sibi in perpetuum prospexerit.*

§. 1682.

Sed quid dicendum, si creditor, qui omnia Titii bona obligata babebat, consenserit, ut ex illis fundus Cornelianus Sempronio venderetur, salvo tamen pignoris sui jure: si deinceps creditor hypothecaria agere velit; atque hunc fundum vindicare, repelline potest exceptione non factae excussionis? Negat Faber (1); quia creditor, qui consentit venditioni, salva pignoris caussa, nominatim convenisse videtur, ut fundus apud Sempronium eodem jure sit, quo erat apud Titium debitorem: qui sane excussionis beneficium habere non potest; alioquin, ait idem Faber, pignoris caussa omnino salva non esset creditori, idest damnum quoddam pateretur, si prius excutiendus esset debitor (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib. 8. tit. 6. definit. 25. in princip.*

(2) *Fab. d. definit. 25. num. 2., et 3. in corp., et allegat. 5.*

§. 1683.

Idem tradunt pragmatici de clausula constituti; videlicet creditori, qui clausula constituti munitus sit, exceptionem non excussi debitoris a possessore hypothecaria convento opponi non posse (1): saltem si agat ex Justiniani constitutione (2), atque petat, non quidem sibi restitui possessionem, sed in ea retineri, perinde ac si, facto debitoris alienantis non obstante, nunquam amisisset (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 6. tit. 8. d. defin. 25. num. 1. in corp.*

(2) *Quae extat in l. ult. cod. de acquirend. possession.* (7. 32.)

(3) *D. l. ult., Fab. d. defin. 25. num. 1. in corp., et allegat. 2., et cod. de acquirend. possession. lib. 7. tit. 7. defin. 1.*

§. 1684.

Verum alii repugnant, ajentes fictitiae hujus possessionis rationem habendam non esse; quia alioquin, cum clausula constituti hodie in omnibus contractibus adjici soleat, atque Regio jure tacite subaudiatur (1), regulae generali de debitore prius excutiendo nunquam locus foret; atque ita exceptio regulam, ut ajunt, absorberet. Sane municipalis lex, quae clausulam constituti supplet, statim subjicit, mulieri, dotem in tuto collocari, vel restitui postulanti, excussionis necessitatem incumbere, nisi excussio intricata, et difficilis sit, vel creditor privilegio quodam praelationis gaudeat (2), puta in re vendita, nec dum soluta (3), vel ex pecunia creditoris comparata (4), aut refecta (5).

(1) *Reg. Constitution. lib. 5. tit. 16. §. 8.*

(2) *Reg. Constitution. ibid. §. 9., 10., et 11.*

(3) *Reg. Constitution. ibid. §. 1., et 2.*

(4) *Reg. Constitution. ibid. §. 4.*

(5) *Reg. Constitution. ibid. §. 5.*

§. 1685.

Quinimmo nec prodest excussio prius etiam rite facta, si debitor deinceps fiat locupletior; aut decedat cum haerede idoneo (1): sed vicissim excussio debitoris facta cum uno tertio possessore sufficit, ut adversus alios recta via agi possit; atque caeteris creditoribus prodest (2).

(1) *Argum. l. Cura extruendi 4. §. 1. ff. de munerib., et honorib.* (50. 4.), *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib. 8. tit. 6. defin. 28.*

(2) *Argument. l. Cum unus 12. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 6. definit. 30.*

§. 1686.

Beneficium excussionis tertiis possessoribus competens cohaeredibus denegatur; cum enim haeredes in jura, et onera defuncti succedant, atque defuncti personam repraesentent, jure potius debitoris, quam tertii possessoris quisque haeres eensetur; adeoque objicere nequit exceptionem non factae excussionis pro parte cohaeredis (1): atque hypothecaria, utpoteque individua est (2), in solidum conveniri potest, licet personalis actio inter omnes dividatur (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *Fab. cod. si unus ex plurib. haeredib. lib.* 8. *tit.* 21. *defin.* 1.

(2) *L. Rem haereditariam* 65. *ff. de evictionib.* (21. 2.)

(3) *L. Pro haereditariis* 2. *cod. de haereditar. actionib.* (4. 16.)

§. 1687.

Non tamen, recte subjicit Faber, quemadmodum unus ex pluribus debitoris haeredibus hypothecaria actione in solidum conveniri potest, si rem obligatam possideat (§. praeced.), ita e contrario uni ex haeredibus creditoris permittendum est, ut in solidum hypothecaria agens totum debitum consequatur, nisi caeteri cohaeredes consentiant; vel, si absentes sint, creditor de rato caveat (1); etenim, licet jus pignoris individuum sit (§. praeced.), attamen solutio, per quam pignoris vinculum dissolvitur, commodam plerumque recipit divisionem: aliud proinde affirmandum, si res individua debeatur (2).

(1) *Fab. cod. si unus ex plurib. haeredib. lib.* 8. *tit.* 21. *defin.* 2. *in princip.*

(2) *L. Stipulationes* 72. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

§. 1688.

Profecto, si cohaeredes creditoris sint in mora accipiendi debiti, permittendum est debitori hypothecaria in solidum convento, ut totum debitum, totius pignoris luendi caussa, solvat creditoris haeredi agenti (1); iniquum enim foret permittere creditori, ut in solidum agat, denegare autem debitori facultatem solidi solvendi (2): aut, si cohaeres solidum accipere recuset, debitor pecuniam obsignare potest, atque ita pignus luere (3).

(1) *Fab. cod. si unus ex plurib. haered. lib.* 8. *tit.* 21. *d. defin.* 2. *num.* 10., *et seqq. in corp.*

(2) *L. Quod autem* 6. §. *Apud Labeonem* 6. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

(3) *L. Acceptam* 19. *cod. de usuris* (4. 32.), *l. Obsignatione* 9. *cod. de solutionib.* (8. 43.), *Fab. d. defin.* 2. *num.* 12., *et seqq. in corp.*

§. 1689.

Si omnes unius creditoris haeredes simul hypothecaria egerint, atque litem contestati sint, in solidum deinceps singuli agere quidem possunt, dummodo caveant de rato (1), non vero solidum consequi (2); facilius enim permittitur actio, quam solutionis accipiendae facultas, prout contingit in procuratore ad lites (3), nisi mandatum generale, vel speciale quis habeat (4).

(1) *L. ult. cod. de consortib. ejusdem lit.* (3. 40.)

(2) *Fab. cod. si unus ex plurib. haeredib. lib.* 8. *tit.* 21. *definit.* 3. *in princip.*

(3) *L. Hoc jure* 86. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(4) *L. Vero procuratori* 12. *ff. eod. tit.*

§. 1690.

Executio male coepta adversus tertios pignorum possessores, ut obiter cum Fabro dicamus, aliquando confirmari potest: puta si soror, cujus fratres absentes sint, imprimis pro dote materna egerit, tamquam si sola matris haeres esset: deinceps autem, mutato in melius consilio, fratrum quoque nomine se agere profiteatur, oblata cautione de rato (1); etenim soror absentis fratris nomine recte agit etiam sine mandato (2): praeterquamquod absentis bonorum curam, tamquam proximior, jure postulat (3).

Inst. l. 3. tit. 16. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *Fab. cod. si unus ex plurib. haeredib. lib.* 8. *tit.* 2. *definit.* 4.
(2) *L. Sed et hae personae* 35. *ff. de procuratorib.* (3. 3.)
(3) *V. Tom. II. pag.* 56. §. 207.

§. 1691.

Supra diximus (§. 1686.), cohaeredi in solidum hypothecaria convento non competere exceptionem excussionis cohaeredum: quod si solverit, utique partem a cohaeredibus repetere potest, actione negotiorum gestorum, vel judicio familiae erciscundae (1), cum haeredes singuli pro haereditariis portionibus onera quoque haereditaria ferre debeant (2).

(1) *L. Sive pro fratre* 3. *cod. de negot. gest.* (2. 19.)
(2) *L. Pro haereditariis* 2. *cod. de haereditar. actionib.* (4. 16.)

§. 1692.

Cohaeredes pro parte teneri, ut modo diximus, omnes consentiunt; non ita tamen in tertiis possessoribus, si quaeratur, an tertii possessores, qui partem rei obligatae, aut unam ex pluribus rebus obligatis tenentes ad totius debiti solutionem hypothecaria actione compelluntur, partem repetere possint a reliquis caeterarum rerum obligatarum possessoribus, saltem media actionum cessione per creditorem facienda. Quidam distinguunt justos possessores ab injustis; ita ut illis actiones cedi debeant a creditore, qui solidum consequitur, non posterioribus (1), quibus non videtur favere aequitatis ratio.

(1) *Argum. l. Mulier* 19. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1693.

Placet aliis, injustos possessores justis in hac re exaequare, ita ut possessor malae fidei, qui conventus hypothecaria actione a creditore solidum solverit, possit desiderare actionum cessionem contra reliquos pignorum detentores pro rata parte (1): nituntur autem imprimis responso Pauli asserentis, eos, qui jure pignoris rem persequuntur, a rei vindicatione removeri, si qualiscumque possessor debitum offerat (2); atque rationem adjicit; quia non debet quaeri de jure possessoris, cum jus creditoris, soluto pignore, removeatur (3). Paulo consentit Papinianus ajens, cum unus possessor convenitur pro tributis, quibus praedia obnoxia sunt, actiones a fisco praestari ei, qui solvit (4).

(1) *Voet in Pandect. qui potior. in pign. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 5., *et* 6.
(2) *L. Paulus respondit* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign., vel hypothec. solvit.* (20. 6.)
(3) *D. l.* 12. §. 1. *in fin.*
(4) *L. Cum possessor* 5. *ff. de censibus* (50. 15.)

§. 1694.

Quod si objiciatur rescriptum Gordiani Imperatoris, quo traditur, extraneum, qui pro debitore ignorante solvit, petere non posse, ut creditor ipsi cedat actiones adversus debitorem (1), respondent, id utique verum esse in eo, qui nullo jure compulsus solvit; sed aliud obtinere, cum quis coactus creditori satisfacit, prout servatur in fidejussoribus, quorum si unus solvat, tum adversus confidejussores, tum adversus debitorem actiones ei cedendae sunt (2).

(1) *L. Nulla* 5. *cod. de solutionibus* (8. 43.)
(2) *L. Cum alter* 11., *l. Mandati* 14. *cod. de fidejussoribus* (8. 41.)

§. 1695.

Neque quis regerat, injustum possessorem juris beneficio juvandum non esse (1); etenim respondent, possessorem hunc utique reprehendendum in eo, quod contra leges rem alienam possidet, non vero in eo, quod debitum solvit, et ita pignus liberat: adeoque non injuste postulat, ut solutionis emolumentum sentiat.

(1) *Argum. l. Si plures* 38. §. *ult. ff. de administration., et pericul. tutor.* (26. 7.)

§. 1696.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

Ut debitor, vel tertius possessor a rei pignoratae vindicatione creditorem excludat, creditori satisfaciendum est: non tamen eodem prorsus jure reguntur debitor, et tertius pignorum possessor. Debitor solvendo id, quod debet, pignoratam rem luit, quamvis plus debito res valeat, atque ob contumaciam in plus damnatus sit (1): contra tertius pignoris possessor, si contumax sit, ad integram rei obligatae aestimationem tenetur; quatenus id, quod excedit, creditor debitori restituit (2); atque insuper locus fieri potest jurijurando in litem, si tertius possessor doli conscius, vel contumax sit (3).

(1) *L. Si fundus* 16. §. *Si pluris* 6., *l. Si inter* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 16. §. *In vindicatione* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1697.

Ex his patet, tertium possessorem hypothecaria conventum non posse, solutionem debiti offerendo pro rata pignorum, quae tenet, rerum vindicationem impedire (1); cum pignoris persequendi jus individuum sit, nec, nisi toto debito soluto, removeatur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignoribus lib.* 8. *tit.* 6. *def.* 40.

(2) *L. Rem haereditariam* 65. *ff. de evictionibus* (21. 2.), *l. Quamdiu* 6. *cod. de distraction. pign.* (8. 28.)

§. 1698.

Nemo sane dubitat, quominus pro parte debiti soluta pignus quoque solutum sit, itaut pro reliquo tantum debito agi possit (1): contingere tamen potest, ut duret actio hypothecaria etiam pro quantitate soluta, non contra debitorem, sed contra tertium possessorem.

(1) *L. Grege* 13. §. *Etiamsi* 4. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 41. *in princip.*

§. 1699.

Fingamus, ut exemplo res clarior fiat, Titium debuisse Sempronio quingenta pro pretio fundi, qui ex caussa posterioris pignoris (1) evictus sit, postquam ducenta Titius solverat: possessor totum Sempronio debitum offerre debet, perinde ac si nihil a Titio solutum fuisset (2); cum solutio per Titium facta prodesse nequeat possessori, qui fundum evicerit, vel jus habeat ab eo, qui evicit. Nec nocere potest solutio priori creditori quasi plus petenti, quam debeatur; cum reddere cogatur Titio, quod ab eo accepit, ac praeterea quanti ejus interest, ob secutam fundi evictionem, utique si vendiderit jure creditoris, non debitoris nomine (3).

(1) *Potest enim fundus ex caussa pignoris evinci.*, *l. Evictus* 35. *ff. de evictionib.* (21. 2.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de pignoribus lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 41. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

(3) *L. Si ob caussam* 13. *cod. de evictionib.* (8. 45.)

§. 1700.

Plane, si Titius jure suo cesserit novo possessori, huic omnino permittendum, ut ex petita quantitate deducat, quod Titius solvit (1): ac inde objicere pluris petitionem (2): si autem nulla cessio facta sit a Titio, cogendus est Sempronius, ut juribus ipse suis cedat (3); atque insuper caveat de illo contra Titium defendendo, si forte ob solutam debiti partem Titius agere quandoque volet in eumdem fundum, tamquam ex ea caussa obligatum (4), ne possessor eamdem summam duobus solvere compellatur, quod iniquum esset (5).

(1) *Argum. l. Invitus* 156. §. *Invitus* 2. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *d. def.* 41. *num.* 11., *et* 12. *in corp.*

(3) *L. Mulier* 19. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(4) *Fab. d. definit.* 41. *num.* 13. *in corp.*

(5) *L. penult. ff. de haereditat. petition.* (5. 3.)

§. 1701.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14. Subjicit Faber, si Titius, indemnitatem a Sempronio consecutus, agere velit de proprietate fundi, quasi dominus per emptionem factus, atque ex ea caussa fundum auferre possessori, oblato ei universo debito, quod is Sempronio solvere coactus fuisset, litem inter eos solos agitandam esse (1); cum nihil intersit Sempronii, cui, post acceptam totius debiti solutionem, nullum jus in eo fundo superest: atque pro Titio judicandum erit, si pignus emerit a priore creditore, qui jure creditoris distraxerit (2), dummodo integrum pretium cum accessionibus offerat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 6. d. def. 41. num. 15., et seqq. in corp.*
(2) *L. Qui a creditore 18. cod. de distraction. pign.* (8. 28.)
(3) *Fab. d. def. 41. num. 17., et 18. in corp.*

§. 1702.

Sed, si pignus, prout plerumque fit, postulante utique creditore, sed debitoris nomine venditum fuerit, emptor impedire non potest, quominus a posteriore creditore, qui totum pretium offerat, conveniatur (1): atque ideo emptor, si posterior creditor possideat jure creditoris, audiendus non est, nisi offerat tum fundi pretium, tum quidquid creditori debetur (2), si velit rem habere potius, quam posteriorem creditorem ad jus offerendi admittere (3).

(1) *L. 1. cod. si antiqu. credit. pign. etc.* (8. 20.), *d. l. Si ob caussam 13. cod. de evictionib.* (8. 45.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 6. d. def. 41. num. 18. in corp.*
(2) *Fab. d. def. 41. in fine.*
(3) *D. l. 1. cod. Si antiq. credit., Fab. d. def. 41. allegat. ult.*

§. 1703.

Cum res eadem pluribus simul obligata fuit, interest, an pro partibus, vel simpliciter, nulla facta solidi, aut partium mentione, an singulis in solidum sit obligata. In prima specie singuli pro parte tantum tum inter se, tum contra tertios possessores hypothecaria actione experiri possunt (1); ita enim suadet contrahentium voluntas, atque partes tacite inesse videntur, cum aliud expressum non est.

(1) *L. Si debitor 10., l. Si fundus 16. §. Si duo 8. ff. hoc tit.*

§. 1704.

In altera vero specie placuit Ulpiano, singulos quidem adversus tertios possessores in solidum agere posse: sed meliorem esse possidentis conditionem, si creditores inter se contendant (1): aequius tamen putat post alios Voet, ex pretio distracti fundi singulis pro rata solvi (2), prout innuit Paulus ajens, *si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium caussa est* (3): Ulpianus autem (4) de jure possessionis, non vero praelationis intelligi potest; maxime cum creditor, etiam nunquam acquisita possessione, potior esse possit (5).

(1) *D. l. si debitor 10. in princip. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in Pandect. qui potior. in pign. lib. 20. tit. 4. num. 8. in med.*
(3) *L. Aliena res 20. §. 1. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)
(4) *In d. l. 10. in princ. ff. hoc tit.*
(5) *L. Creditor 12. §. ult. ff. qui potior in pign.* (20. 4.)

§. 1705.

Quod pertinet ad tempus actionis hypothecariae instituendae, diversum jus apud Romanos viguit: sed jure novo, caeterarum actionum exemplo (1), triginta annorum spatio concluditur, sive agatur contra debitorem, sive contra tertios possessores: quod et lege municipali apud nos firmatum est (2).

(1) *L. Sicut in rem 3. cod. de praescription. XXX. vel XL. annor.* (7. 39.)
(2) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 18. §. 1.*

§. 1706.

Si nomen debitoris pignori specialiter datum sit, vel in generali bonorum omnium hypotheca contineatur, creditor, cujus favore pignus constitutum fuit, utili actione experiri potest adversus debitorem debitoris pignorantis, atque solutionem ab eo postulare (1): quamquam debitor secundus creditori suo solvere potest, nisi ei denunciatum sit, ne solvat (2). Nec creditor hypothecaria prius agere tenetur, aut actionum cessio necessaria est (3). Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 20. tit. 1 Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *L. Nomen* 4. *cod. quae res pignor.* (8. 17.), *l. Si convenit* 18. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.), *Fab. cod. Si pign. pignor. lib.* 8. *tit.* 14. *def.* 1. *num.* 2., 3., *et* 4. *in corp.*

(2) *D. l.* 4. *cod. quae res pign.*, *Fab. ibid. definit.* 2.

(3) *D. l.* 4., *Fab. d. def.* 1. *num.* 8., *et seqq. in corp.*

§. 1707.

Hactenus de hypothecaria actione diximus: facilius datur pignoratitio creditori possidenti retentio (1). Atque imprimis, cum bonae fidei possessori pignoris restituendi sint sumptus in rei utilitatem facti (2), jus retentionis habet, donec hosce sumptus consecutus sit, quamvis a judice condemnatus fuerit ad restituendum (3); nec enim judex praesumi potest juris communis auxilium possessori denegare velle.

(1) *L. Per retentionem* 4. *cod. de usur.* (4. 32.)

(2) *L. Paulus* 29. §. *Domus* 2. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 19.

(3) *Fab. cod. lib.* 8. *tit.* 16. *def.* 1.

§. 1708.

Quinimmo etiam ob pecuniam chirographariam, seu pro qua pignus constitutum non sit, placuit, pignus ex alia caussa creditori traditum retineri posse (1), sive debitum chirographarium ante, sive post contractum pignoris extiterit, dummodo res pignorata sine vitio, atque ex voluntate debitoris ad possessorem pervenerit (2), et conventio quaedam de pignore inita sit (3).

(1) *L. unic. cod. etiam ob chirographar. pecun. etc.* (8. 27.)

(2) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 16. *definit.* 1. *allegat.* 3.

(3) *Argument. l. Aristo* 3. *ff. quae res pignor.* (20. 3.), *Fab. cod. d. tit. def. ult.*

§. 1709.

Hinc colligit Faber, emptorem quoque, qui rem emerit sub pacto de retrovendendo, eam retinere posse, donec sibi solutum sit, quidquid debetur (1); quia per venditionem hanc vere transfertur dominium, licet revocari possit (2): adeoque melior esse debet conditio emptoris, quam creditoris pignoratitii, qui pignoris dominus effectus non est: si modo emptor dixerit velle se uti jure suo (3).

(1) *Fab. cod. etiam ob chirographar. pecun. etc. lib.* 8. *tit.* 16. *definit.* 54.

(2) *L. Si fundum* 2. *cod. de pact. int. emptor.*, *et venditor.* (4. 54.)

(3) *Fab. ibid. num.* 6. *in corp.*

§. 1710.

Idem pronunciavit Sabaudus Senatus, subjicit Faber, in eo casu, quo pignus venditum sit sub hasta, atque addictum creditori minore pretio, quam deberetur: atque ideo non admisit debitorem ad pignus luendum, nisi oblato integro debito cum suis accessionibus (1): nec interest, an debitor agat, an ipsius haeres (2); an contra creditorem agatur, an contra eum, qui jus habeat a creditore (3).

(1) *Fab. cod. etiam ob chirographar. pecun. lib.* 8. *tit.* 16. *allegat. ult.*

(2) *Fab. d. allegat. ult. in med.*

(3) *Fab. d. allegat. ult. in fin.*, *et de luition. pignor. lib.* 8. *tit.* 20. *def.* 29.

§. 1711.

Sed quid, si duo sint creditores, quorum posterior communi debitori pecuniam sub pignore crediderit, prior creditor chirographarius poteritne in dispendium poste-

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 14.

rioris retinere rem pignoratam ob pecuniam chirographariam, quam eidem debitori post secundum crediderit? Nequaquam (1); etenim inter creditores ordo temporis omnino servandus est (2); alioquin ex facto debitoris conditio creditoris, qui expressa pignoris conventione sibi prospexit, deterior fieret; quod a naturali aequitate alienum est.

(1) *Fab. cod. etiam ob chirographar. pecun. lib. 8. tit. 16. def. 2. in princ.*

(2) *L. Potior est 11. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1712.

Quod si secundus creditor pignoris jus quaesiisset post pecuniam chirographariam a primo creditam, primus in pignore etiam pro hac praeferendus esset (1); quia, quoad pignoris retinendi jus, potior censetur (§. praeced.): atque secundus creditor jus priori quaesitum auferre potest (2).

(1) *Fab. cod. d. lib. 8. tit. 16. def. 2. in fin.*

(2) *D. l. Potior est 11. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1713.

Regulae de retinendo pignore ob pecuniam chirographariam exceptio esse potest in eo casu, quo aliud expresse convenerit; puta si quis crediderit Titio mille ex una parte, et quingentos aureos ex alia; atque pollicitus sit, mille aureis solutis, se pignus restituturum (1); satis enim aperte renunciavit creditor juris communis auxilio (2), qui ita expresse pactus est.

(1) *Fab. cod. etiam ob chirographar. pecun. etc. lib. 8. tit. 16. def.* 3.

(2) *De quo in l. unic. cod. eod. tit.* (8. 27.)

§. 1714.

Cum creditor temere impediri non debeat, ne jus suum exequatur contra quemlibet possessorem (1), si possessor objiciat, sibi competere jus retentionis pro debito ab actoris auctore, seu debitore solvendo, non aliter audiendus est, quam si probet, sibi deberi vel ex confessione debitoris, vel ex judicis sententia (2); nec enim creditor hypothecaria agens disputare tenetur, an possessori aliquid debitum sit, necne; vel debitorem defendere, cum ex proprio, non debitoris jure agat.

(1) *L. Creditoris* 8 *ff. de distraction. pign.* (20. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 6. definit. 34.*

§. 1715.

Bonorum mobilium vindicatio a tertiis possessoribus apud nos, ait Faber, permittitur, cum jure Romano utamur, quamquam aliud obtinet apud Gallos (1): sane aequitas ita suadere videtur: futurum alioquin, ut creditor jura sua amittere cogatur, si pecuniam crediderit ei, puta mercatori, qui sola mobilia habeat: non tamen ullum jus creditori pignoratitio superest in pecunia redacta ex mobilibus, vel subrogata in locum ejus, quam debitor tempore constituti pignoris habebat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 6. definit. 21. in princip.*

(2) *L. Fidejussor 26. §. ult. ff. hoc tit., Fab. d. defin. 21. in fin.*

§. 1716.

Quaedam hic cum Fabro notanda supersunt. Imprimis constitutio Justiniani, qua sancitum, ut possessor negans rem fuisse debitoris sua possessione privetur (1), non habet locum, nisi dolo malo negaverit (2); etenim haec possessionis ablatio poena est (3): quam pati non debet, qui dolo caret.

(1) *Auth. Item possessor., post l. Licet 7. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib. 8. tit. 6. definit. 20.*

(3) *Novell. 18. cap. Illud quoque 10. fer. in med.*

§. 1717.

2. Si tertius possessor actione hypothecaria conventus, pendente lite, rem alienaverit, liti sistere debet, atque condemnari potest ad restituendos fructus a lite conte-

stata perceptos (1); quia ex eo tempore coepit malae fidei possessor esse (2): quinimmo, cum possessori permittendum non sit, ut deteriorem creditoris conditionem faciat, curare tenetur, ut novus possessor in judicium veniat: litis periculum suscepturus (3).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 14.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 4. *in princip.*
(2) *L. Si fundus* 16. §. *Interdum* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *Fab. d. definit.* 4. *in fin.*

§. 1718.

3. Cum pendente judicio, aut in executionem judicati super actione hypothecaria aliquando creditori inopia laboranti, in caussam alimentorum, vel litis prosequendae, certam pecuniae quantitatem adjudicari aequum sit (1), quantitas haec non ab uno, sed a singulis possessoribus, si plures sint, in partes viriles praestari debet (2); haec enim actio potius in possessorum personam est, atque ex judicis officio descendit: proinde divisionem recipit pro numero personarum, quae conveniuntur (3).

(1) *Argum. l. Si instituta* 27. §. *De inofficioso* 3. *ff. de inofficios. testament.* (5. 2.)
(2) *L. Reos* 11. §. 1. *ff. de duob. reis* (45. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 2. *in princip.*
(4) *Fab. d. defin.* 2. *in fin.*, *et alleg. ult.*

§. 1719.

4. Fatentur omnes, exceptionem soluti debiti competere cuilibet possessori hypothecaria convento, non solum tacente debitore, sed etsi debitor ipse per collusionem fateatur se debere (1); cum enim solutione pecuniae debitae res a pignoris vinculo liberetur (2), exceptio haec, licet videri possit de jure tertii, excludit tamen jus agentis; proinde etiam invito tertio opponi potest ab eo, cujus interest (3): praeterquamquod possessor debitum offerre potest, ut a pignoris vinculo restitutione se liberet (4): offerri autem nequit, quod amplius non debetur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 18.
(2) *L. Item liberatur* 6., *et passim ff. quib. mod. pign., vel hypothec. solvit.* (20. 6.)
(3) *L. ult. cod. de rei vindicat.* (3. 32.)
(4) *L. Paulus respondit* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign., vel hypothec. solvit.*

§. 1720.

Hinc constat, tertium bonorum pignori obligatorum possessorem objicere posse exceptiones, quae debitori competunt: veluti si Titius Sempronio sit obligatus, sed vicissim Sempronius Titio aliquid praestare teneatur, puta jus quoddam cedere; nisi enim Sempronius Titio praestiterit, quod pollicitus fuit, vel praestare sit paratus, adversus tertium possessorem agere nequit (1); quia nec Titii vere creditor est: adeoque exceptio haec jus agentis excludit favore possessoris, cujus maxime interest (§. praeced.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 27.

§. 1721.

Supra diximus (§. 1717.), possessorem, qui, pendente lite, rem alienaverit, teneri ad restituendos fructus a lite contestata perceptos (1): non tamen semper haec obligatio incumbit; si enim bona, quae possidet, sufficiant toti credito exsolvendo, usuris, et quod creditoris interest, nullo jure peteret creditor sibi restitui fructus (2), quos in sortem imputare teneretur (3), adeoque tanto minus ex bonis obligatis consecuturus esset.

(1) *L. Si fundus* 16. §. *Interdum* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 15.
(3) *L.* 1., *et passim cod. de pignorat. action.* (4. 24.)

§. 1722.

Hoc porro interest inter fructus ante, vel post litem contestatam perceptos, quod posteriores omnino restituuntur, licet non extent, utique si minoris sint pignora, quam debeatur: priores vero restitui non debent, nisi extent, licet pignora debito solvendo

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

non sufficiant (1). Sane, si possessor perperam obstiterit executioni, atque ob id ad usuras, et litis sumptus condemnatus sit, usurae quidem ex ipsis rebus oppignoratis praestantur, prout fert natura accessionum, non vero sumptus litis (2), qui personales sunt, utpote in poenam litis temere institutae (3).

(1) *D. l. Si fundus* 16. §. *Interdum* 4. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 6. *d. definit.* 15. *num.* 9., *et seqq. in corp.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 15. *num.* 12., *et seqq. in corp.*

(3) *L. Eum, quem* 79. *ff. de judic.* (5. 1.)

§. 1723.

Cum actio personalis adversus debitorem, atque hypothecaria adversus pignorum possessores ad eundem finem tendant, ex communi pragmaticorum sententia simul cumulari possunt (1): ex quo ulterius sequitur, eum, qui personali primum egit, post litem contestatam, si malit, posse hypothecariam exercere, quin ullas eo nomine expensas debeat (2): nec enim videtur actionem mutasse: atque actione reali creditorem experiri posse adversus possessorem, licet personali prius perperam egerit, puta contra clericum, vel haeredem cum beneficio inventarii (3), qui supra vires haereditatis personali actione non tenetur (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *definit.* 22.

(2) *Fab. d. definit.* 22. *num.* 2. *in corp.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 26.

(4) *L. ult.* §. *Et, si praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

§. 1724.

Postremo animadvertendum est, creditorem anteriorem pro periculo futurae evictionis impedire non posse, quominus posteriores pignora sua persequantur (1); cum enim ante evictionem nec nata sit actio ad indemnitatem (2), neque licita esse potest accessoria pignorum persecutio (3).

(1) *Fab. cod. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *definit.* 4.

(2) *L. Habere* 57., *et passim ff. de evictionib.* (21. 2.)

(3) *L. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Sectio II.

De jure pignoris distrahendi.

Instit. lib. 3. tit. 15. *De obligationibus, quae re contrahunt.*
Digest. lib. 20. tit. 5. } *De distractione pignor.*
Cod. lib. 8. tit. 28. }

SUMMARIA.

Quo tendat jus persequendi pignoris hypothecario creditori competens? §. 1725.
Pignus, debitore non solvente, distrahi potest, licet aliter convenerit. §. 1726.
Pactum de vendendo pignore post debitoris moram tacite subintelligitur. §. 1727.
Valet conventio de vendendo pignore citra ullam denunciationem. §. 1728.
Pignus publice sub hasta vendi debet, tametsi permissa fuerit venditio a debitore citra denunciationem. §. 1729.
Pignoris conventio inutilis creditori esset, si pignus post debitoris moram distrahere non liceret. §. 1730.
Quid si debitum annua, bima, trima die solvendum sit? §. 1731.
Debitor pignoris venditionem impedire nequit, nec objicere venditionem non rite factam, nisi debitum offerat cum accessionibus, si liquidum sit. §. 1732.

Secundus creditor pignus distrahere potest, dummodo uterque debitor in mora sit. §. 1733. Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

Pignus vendi potest, licet exigua debiti portio solvenda supersit. §. 1734.

Pupillare pignus ex decreto praetoris recte distrahitur. Quid si pupillus ipse pignus distrahere velit? §. 1735.

Prohibitio facta, ne res alienetur extra familiam, non impedit alienationem pignoris. §. 1736.

Quae sint de pignorum distractione summatim expendenda? §. 1737.

Creditor generalem hypothecam habens potest ex rebus obligatis, quam velit, distrahere. Quid si speciali hypotheca munitus sit? §. 1738.

Res magni valoris vendi non debent pro exiguo debito. §. 1739.

Quid si id factum sit, vel res vilissimo pretio vendita fuerit? §. 1740.

Quid si distractio rite facta sit, sed pro indebito? §. 1741.

Fructus a pignorum emptore percepti in sortem non imputantur, quamvis laesio intervenerit. §. 1742.

Pignora publice sub hasta vendi debent, servatis singularibus locorum solemnitatibus. §. 1743.

Pignoris venditio omissis gravioris momenti solemnitatibus rescindi potest. Quid si judicis decretum impetratum non sit? §. 1744., et 1745.

Quid si levioris momenti solemnitates in pignore distrahendo praetermissae fuerint? §. 1746.

Debitor subhastationem liceat non rite factam impugnare nequit, nisi debitum offerendo. §. 1747.

Subhastatio perperam facta, dummodo vere debitum sit, debitori utique nocet, non caeteris creditoribus. §. 1748.

Nulla est subhastatio, si debitum incertum sit. §. 1749.

Quid si subhastatio certo pretio fiat, sed sub protestatione, ut liceat creditori in alia debitoris bona agere, si res minoris erit? §. 1750.

Quid si debitum initio incertum, postea certum fiat? §. 1751.

Subhastatio nulla utrum aliquando convalescere possit? §. 1752., et 1753.

Quid si debitum certum quidem sit, sed illiquidum? §. 1754.

Creditori, non emptori offerendum est, si venditio perperam facta sit. §. 1755.

Si debitor queratur de laesione enormissima in pignoris venditione, judex non statim subhastationem confirmare debet. §. 1756., et 1757.

Quid si laesio enormissima allegetur post confirmatam subhastationem? §. 1758.

Emptor, qui apud malum depositarium, sed ita jubente judice, pretium deposuerit, securus est. §. 1759.

Subhastatio rite facta non vitiatur ex vitio missionis in possessionem. §. 1760.

Pignora publice vendita rursus vendi debent, si ex pretio satisfieri nequeat creditoribus anterioribus. §. 1761.

An creditori anteriori competat hypotheca in pretio fundi venditi, atque empti a creditore posteriore. §. 1762., et 1763.

Creditor posterior, qui prae inopia priori offerre non potest, aliquando juste petit, ut pignora rursus distrahantur. §. 1764.

An creditor prior, quo instante pignus venditum fuit, agere possit adversus tertios possessores aliorum pignorum, si ex pretio primi pignoris sibi integre satisfactum non sit? §. 1765.

Quid si possessor aliorum pignorum simul creditor sit? §. 1766., et 1767.

Creditor posterior agere nequit adversus eum, qui prioris jure possidet, nisi debitum offerendo. §. 1768.

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod l. 8. tit. 28.

Nova pignorum subhastatio aliquando ex aequitate conceditur, si alioquin creditoribus omnibus satisfieri nequeat. §. 1769., et 1770.

Plerumque interest, ut ratum sit, quod publice gestum fuit. §. 1771.

Offerri non debet illi, qui nullum jus habet, quod offerenti cedat. §. 1772.

Quid si posterior creditor clausula constituti munitus sit, non prior? §. 1773.

Ex pignoribus distractis creditori pro sorte, accessionibus, atque litis sumptibus ad tuendum pignus satisfieri debet. §. 1774.

Creditor extraneo licitatori, si idem pretium offerat, praefertur, et post eum cognatus. §. 1775.

Creditor, evicto pignore, salvam habet hypothecariam actionem. §. 1776.

An creditor pignus vendens possit fidem de pretio habere: vel pacisci de re vendita sibi, aut debitori restituenda, si pretium intra certum tempus restituatur? §. 1777., et 1778.

§. 1725.

Jus persequendi, seu vindicandi pignoris sive a debitore ipso, sive a tertiis possessoribus creditori competens, de quo in capite praecedenti egimus, non eo tendit, ut statim dominus ejus fiat, sed ut inde debitam sibi pecuniam consequatur, vel ex fructibus, vel potissimum ex pretio pignoris venditi (quamquam et aliquando dominii jure pignus creditori addicitur, pront infra demonstrabimus): quare ordo postulat, ut de pignorum distractione verba faciamus.

§. 1726.

Si debitor suo tempore non solverit, creditori licet rem pignoratam distrahere (1) sive expresse ita convenerit, sive non; immo, tametsi convenerit, ne pignus distrahere liceret; quo tamen casu trina denunciatio praecedere debet, antequam pignus distrahatur (2). Sed haec fusius explicanda sunt.

(1) *L. Si cessante 7., et passim cod. hoc tit., l. Si convenit 4. ff. de pignoratit action.* (13. 7.)

(2) *D. l. 4. ff. de pignor. action.*

§. 1727.

Igitur distinguendum est, an inter debitorem, et creditorem convenerit, ne pignus alienare liceat, nec ne. Si nulla specialis conventio secuta sit, creditor, debitore in mora solvendi constituto, petere potest, ut judicis auctoritate pignus vendatur (1); nihil enim interest, utrum speciale de distrahendo pignore pactum intercesserit, nec ne; quippequod etiam non expressum tacite ex voluntate contrahentium, et negotii indole subintelligitur (2).

(1) *D. l. Si cessante 7. cod. hoc tit., Ab-Ecclesia observat. 149. num. 2., 3., et 4.* ✠

(2) *D. l. Si convenit 4. ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

§. 1728.

Conventionem de vendendo pignore, citra ullam denunciationem creditori factam, valere tradit Faber, non tantum post moram solvendi, sed etiam antea (1); nec enim legibus, aut bonis moribus repuguat conventio haec: immo generatim probatur (2): quamquam tutius facit creditor, si debitori denunciet futuram venditionem, ut se fraudis suspicione liberet (3): sed si denunciatio omissa sit, etiam per dolum res ab emptore fraudis inscio avocari non potest, salva tantum debitori pignoratitia actione adversus creditorem (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 17. def. 13. num. 1., et 2. in corp.*

(2) *L. ult. §. 1. cod. de jur. domin. impetr.* (8. 34.)

(3) *Fab. d. def. 13. num. 3. in corp.*

(4) *L. penult. cod. si vendit. pignor. agat.* (8. 30.), *Fab. dict. definit. 13. num. 4.*

Inst. l. 3 tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

§. 1729.

Illud plane observandum, scite prosequitur Faber, permissa citra denunciationem venditione pignoris, id tamen actum intelligi, ut publice, et sub hasta fiat (1): atque ita interpretandam conventionem, ne quis fraudibus locus relinquatur (2): nisi aliter conventum sit (3), prout conveniri posse videtur (4): alioquin creditor rem restituere tenetur, si extet, et redimi possit; vel aliam ejusdem generis, si ex illis sit, quae functionem in genere suo recipiant (5): quod si recuperari nequeat, vel alia praestari, adversus creditorem juratur in litem (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 13. *num.* 5. *in corp.*

(2) *L. Quae specialiter* 9. *codic. hoc titul.*

(3) *Fab. d. def.* 13. *allegat.* 6.

(4) *L. ult.* §. 1. *cod. de jur. domin. impetrand.* (8. 34.)

(5) *Fab. d. definit.* 13. *in fin.*

(6) *Argum. l. In actionibus* 5. *ff. de in litem jurand.* (12. 3.), *Fab. d. definit.* 3. *allegat.* 7.

§. 1730.

Quinimmo, etsi nominatim conventum sit de pignore neutiquam distrahendo, adhuc distractio licita est; atque conventionis ea fit interpretatio, ne liceat pignus ante trinam denunciationem debitori, ut solvat, factam pignus distrahere (1); alioquin inutilis fieret creditori conventio de pignore, quod a contrahentium voluntate alienum merito existimatur. Secuta autem una, vel trina denunciatione, pignus statim vendi potest: biennii tempus dominio pignoris impetrando, non venditioni, adscriptum est (2).

(1) *D. l. Si convenit* 4. *in fin. ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

(2) *In l. ult. cod. de jur. domin. impetrand.* (8. 34.)

§. 1731.

Vendi potest pignus, statim ac debitor est in mora solvendi (1): proinde, si fingamus, debitum annua, bima, trima die, seu tribus praestationibus in annos singulos solvendum esse, pignus ex mora solvendae primae pensionis distrahi potest; nisi conventum sit, ne liceat vendere, priusquam pensionum omnium tempus venerit (2); etenim, praecisa speciali conventione, cum solutio in partes divisa sit, et anno elapso pars recte petatur (3), immo mora per diei adjectionem re ipsa committatur (4), sponte sequitur, pignus distrahi posse, licet aliquid supersit solvendum.

(1) *L. Si, cessante* 7. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si necessarias* 8. §. *Si annua* 3. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

(3) §. *At si ita* 3. *institut. de verb. obligat.* (3. 16.)

(4) *L. Magnam* 12. *cod. de contrahend., et committend. stipulation.* (8. 38.)

§. 1732.

Debitor autem nec pignoris venditionem impedire potest (1), nec objicere venditionem non rite factam, nisi debitum offerendo eum suis accessionibus (2), si liquidum sit: praestita pro illiquido satisdatione (3), prout fieri solet (4): atque inter accessiones computentur expensae, quas creditor in caussam venditionis juste fecit (5): quod extendendum tradit Faber ad impensas litis, quae factae sint, pluribus creditoribus inter se de pignoris jure contendentibus (6); quia morosus in solvendo debitor hisce impensis caussam dederit.

(1) *L.* 1., *et* 2. *cod. debitor. vendition. pignor. etc.* (8. 29.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 18. *defin.* 1. *in princip.*

(2) *L.* 1 *cod. si vendit. pignor. agat.* (8. 30.), *Fab. d. definit.* 1. *num.* 1. *in corp.*

(3) *Fab. d. defin.* 1. *in fin.*

(4) *L. Statu liber* 5. *ff. de statu liber.* (40. 7.), *l.* 1., *et passim ff. si cui plus, quam per leg. Falcid.* (35. 3.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 28.

(5) *Argum. L. Quod privilegium* 8. *ff. depositi* (16. 3.), *Fab. d. definit.* 1. *num.* 2. *et seqq. in corp.*

(6) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 18. *definit.* 2.

§. 1733.

Non tantum prius creditor, sed et secundus, cui pignus pignori datum sit, illud distrahere potest, dummodo tum secundus, tum primus debitor in mora sit (1); prioris mora requiritur; alioquin primus creditor, qui deinceps pignus pignori dedit, ejus distrahendi facultatem non habet, nec proinde secundus creditor, qui a priore jus suum metitur: posterioris quoque debitoris, qui et primus creditor est, moram exigimus, cum ex ea sola pignus distrahere liceat (§. 1726.)

(1) *L.* 1. *cod. si pign. pignor.* (8. 24.)

§. 1734.

Vendi potest a creditore pignus, tametsi pars exigua debiti solvenda supersit (1): quia, ut saepe diximus, pignoris jus individuum est (2): nisi forte ex fructibus, aut pensionibus rei pignoratae exiguum debitum in dies dissolvi possit: quo casu pignoris venditio ex aequitate inhibenda foret (3).

(1) *L. Quamdiu* 6. *cod. hoc tit.*, *l. ult. cod. debitor. vendition. pignor. etc* (8. 29.)

(2) *L. Rem haereditariam* 65. *ff. de evictionibus* (21. 2.)

(3) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 5. *num.* 2.

§. 1735.

Nec interest, quod res pignorata pupillaris sit, vel pupillo obligata; quamquam tutius facit creditor, si praetoris decretum obtineat (1): atque curet, pupillum a legitimo curatore defendi (2). Quod si pupillos rem sibi obligatam distrahere velit, decreti judicialis nulla urget necessitas, sicut nec in restituenda per fideicommissum re testatoris propria (3).

(1) *L. Si pupillorum* 7. §. 1. *ff. de reb. eor. etc.* (27. 9.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *titul.* 17. *definit.* 31., *ubi tamen, cum vere pupillus deberet, alienatio pignoris rata habita fuit, licet pupillus a muliere, quae nec tutrix, nec mater, nec avia erat, defensus fuisset.*

(3) *L. Magis puto* 5. §. *Si fundus* 4. *ff. eod. tit.*

§. 1736.

Multo minus impedire potest pignoris venditionem prohibitio facta, ne res alienetur extra familiam, licet, adjecta poenae comminatione, ut res fisco cedat, si prohibitione contempta, res distrahantur (1); non enim deterior creditoris conditio effici potest facto, aut voluntate debitoris. Neque creditor hypothecarius posterior intercedendi jus habet, nisi oblato debito cum accessionibus (2), prout infra fusius explicabimus.

(1) *L.* 1. *cod. debitor. vendition. pignor. etc.* (8. 29.)

(2) *L.* 1. *cod. si antiq. credit. pign. vend.* (8. 20.)

§. 1737.

Hisce praemissis inquirendum. 1. Quae res ex pluribus pignoratis vendi possint. 2. Quomodo rei pignoratae distractio facienda sit, ut exitum plene sortiatur. 3. An pignus sub hasta publice venditum rursus distrahi aliquando possit. 4. Quid consequatur creditor ex pignoris venditione. 5. Qui possint pignus emere. 6. Quibus conditionibus pignus vendere liceat.

§. 1738.

Quod ad res distrahendas pertinet, interest, utrum creditor generali bonorum omnium hypotheca munitus sit, non speciali quarumdam rerum, an praeter generalem hypothecam quoque specialem habeat. In prima specie creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire (1): in altero autem imprimis distrahi debent res specialis hypothecae titulo affectae, nec

aliae vendi possunt, nisi priores minime sufficiant, juxta regulas, quas supra exposuimus (2): quae autem bona, et quibus conditionibus res debitoris capi, et vendi possint, suo loco diximus (3): sane, si res aliena ignorante domino pignori data sit, venditio post facta ei non nocet (4).

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

(1) *L. Creditoris* 8. *ff. hoc tit.*
(2) *V.* §. 1535., *et seqq.*
(3) *V. supra* §. 1497., *et seqq.*
(4) *L. Si probaveris* 2. *cod. si alien. res etc.* (8. 16.)

§. 1739.

Non tamen res magni valoris pro exiguo debito vendi debet: quod si id factum sit, creditor debitori tenetur, quanti hujus interest (1): quamquam emptio subsistit, nec emptor conveniri potest a debitore, cum quo non contraxit, licet creditor solvendo non sit, nisi forte emptor fraudem participaverit (2).

(1) *Argument. L. Magis puto* 5. §. *Idem praetor* 10. *ff. de reb eor.* (27. 9.), *Fab. cod. eod. tit. lib.* 8. *tit.* 19. *defin.* 1. *num.* 3. *in corp.*

(2) *Argum. L.* 1., *et penult. cod. hoc tit.*, *Fab. d. definit.* 1. *in fin.*, *V. Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 32. §. 53., *ubi firma dicitur adjudicatio bonorum facta creditori ultra debiti quantitatem, ea tamen lege, ut creditor, quod excedit, ejusque accessiones debitori restituat. V. supra* §. 1506.

§. 1740.

Neque potest debitor eo praetextu, quod pro exiguo debito res magni valoris vendita sit, vel pretio vilissimo, impedire, quominus creditor, cui in vicem extranei emptoris addicta sunt pignora, prout licet (1), mittatur in eorum possessionem; nec si consentiat, ut creditor ex iis bonis, quae distracta sunt, vel aliis pretiosioribus retineat ad largam aestimationem, quantum sufficit debito exsolvendo (2); cum per emptionem creditor dominus effectus sit; quare debitori id unum superest, ut pignus intra statutum tempus redimat, vel restitutionis beneficium obtineat adversus peractam venditionem (3).

(1) *L. Cum in caussa* 2. *cod. si in causs. judicat. pign. capt. sit* (8. 23.)
(2) *Fab. cod. debitor. vendition. pignor. lib.* 8. *tit.* 18. *definit.* 3.
(3) *Fab. d. definit.* 3. *num.* 4., *et seqq. in corp.*

§. 1741.

Quinimmo securus est emptor adversus debitorem, si subhastatio rite facta sit, quamvis pro indebito (1): puta in executionem provisionalis adjudicationis, quae per definitivam sententiam deinceps revocata fuerit (2); interest enim firma esse, quae judex per sententiam statuit (3): salva utique est debitori actio ad id, quod interest, contra dolosum creditorem, immo et adversus emptorem, si hic doli particeps sit (4).

(1) *Fab. cod. si vendit. pignor. agat. lib.* 8. *tit.* 19. *def.* 4. *in princip.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 23.
(3) *L. Quod jussit* 14. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(4) *L.* 1. *cod. si vendit. pignor. etc.* (8. 30.), *Fab. d. def.* 4. *num.* 1., *et* 2.

§. 1742.

Cum ergo emptor, quicumque is sit, dominium per emptionem pignorum nanciscatur, sponte sequitur, fructus ex illis perceptos, quamvis enormissima laesio intervenerit, in sortem non imputari (1); quia publica venditio, utpotequae publica fide, et judicis auctoritate nititur, atque ex necessaria caussa fit, irrita non habetur (2), ad discrimen privatae, quam laesio enormissima evertit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de distractione pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *def.* 28.
(2) *L.* 1., *et penult. cod. si vend. pignor. agat.* (8. 30.)
(3) *Argum. l. Si quis* 36. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20 tit. 5 Cod. l. 8 tit. 28

§. 1743.

Prolixior est disputatio de solemnibus in pignorum distractione adhibendis. Cum in pignoris distractione consulendum sit non tantum creditori, quo instante fit, sed et creditoribus caeteris, et debitori ipsi, idcirco non privatim, sed publice sub hasta fieri debet, publicis propositis edictis, certo dierum spatio interjecto (1); atque in hac re singulares locorum leges consulendae sunt (2).

(1) *V. supra* §. 1728., *et* 1729., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 3., *et* 17.
(2) *V. Reg. Constitut. lib.* 5. *titul.* 12.

§. 1744.

Si quaedam solemnitas ex his, quae jure municipali, vel singulari statuto in pignoribus vendendis praescribuntur, omissa fuerit, interest, si quibusdam assentimur, an haec gravis momenti sit, an levis. Si gravioris momenti solemnitates praetermissae fuerint, ex quarum omissione res viliori pretio distractae sint, vel merito timeri possit, ne debitor in damno haereat, tum debitor, tum caeteri creditores jure petunt, ut distractio rescindatur, atque nova fiat licitatio (1).

(1) *Argum. l. Duplex ratio* 2. *cod. de fid. et jur. hast. fiscal.* (10. 3.)

§. 1745.

Immo ipso jure venditio nulla est, si decretum judicis impetratum non sit; vel, quod idem est, a judice incompetente fuerit interpositum, vel omissa sit denunciatio (nisi aliter conventum sit (§. 1728., et 1729.)): quibus casibus res debitori cum fructibus restituenda esset: atque creditor emptori pretium solvere una cum usuris, a die litis contestatae, seu motae (§. 1088.)

§. 1746.

Quod si levioris momenti solemnitas praetermissa fuerit, quidam putant, hinc non fieri irritam venditionem juxta vulgatum axioma, de minimis non curat praetor: alii, inter quos Faber, existimant neque dominium, neque possessionem in emptorem transferri, si in forma a jure municipali, vel statuto praescripta vel minimum peccatum sit (1); quia ex alio pragmaticorum axiomate, quod fortius videtur, et huic casui magis conveniens, forma dat esse rei (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 4. *num.* 1., *et* 2. *in corp.*
(2) *L. Cum hi, quibus* 8. §. *Si praetor* 17. *ff. de transactionib.* (2. 15.), *l. Julianus* 9. §. *Sed si quis rem* 3. *in fin. ff. ad exhibend.* (10. 4.)

§. 1747.

Sed hoc ita accipiendum, statim subjicit idem Faber, si alius, quam debitor ipse contradicat; etenim debitor subhastationem non rite factam impugnare non potest, dummodo vere debitum fuerit, nisi debitum integrum cum accessionibus offerendo (1); quia potius imputandum est debitori, cur non solverit, quam creditori, cur statuti formam non servaverit: si debitor suo tempore solvisset, nulla utique superesset quaestio de jure, aut vitio subhastationum: proinde nil mirum, si deterior sit in hac re debitoris conditio, quam alterius (2), cui nihil imputari potest.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 4. *num.* 4., *et definit.* 18. *in princip.*
(2) *L. unic. in fin. etiam ob chirographar. pecun.* (8. 27.)

§. 1748.

Ergo subhastatio non rite facta, si vere debitum sit, debitori nocet, non alteri: ita ut alius, puta, creditor, idem pignus capere possit, perinde ac si nec captum, nec subbastatum fuisset (1); cum unus sit actus, et individuus, ita ut totus corruat, si pro parte non subsistat. An vero idem dicendum sit de tertio, qui habeat a debitore jus posterius subhastatione, atque ideo eam rescindere nequeat, nisi debito cum accessionibus soluto, vel oblato (§. praeced.), non omnes consentiunt; probabilior tamen est affirmantium sententia (2); nec enim debitor, ex trito axiomate, plus juris in alium transferre potuit, quam ipse habebat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 4. *num.* 8., *et seqq. in corp.* Inst. l. 3. tit. 15.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 5. ff. l. 20. tit. 5.
(3) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *argum. l. Si superatus* 3. §. 1. *in fin. ff. de pignorib.* (20. 1.) Cod. l. 8. tit. 28.

§. 1749.

Haec ita, cum debitum certum est: quod si incertum sit, nulla est subhastatio, tum quoad alios, tum quoad ipsum debitorem (1): hactenus, ut ipse vocandus, et audiendus sit, priusquam emptor mittatur in possessionem (2); subhastatio judicialis venditio est (3): quae sine certo pretio esse non potest (4); pretium autem est ipsa plane quantitas, quae debetur, propter quam pignus distrahitur; cum, nullo existente extraneo emptore, res creditori addicatur (5): praeterquamquod debitor, si incertum sit, quod debetur, creditori offerre non potest, ut prohibeat rei suae distractionem (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 6., *et* 20. *in princip.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 20. *num.* 7., *et* 8.
(3) *L. Si hypothecas* 8. *cod. de remission. pignor.* (8. 26.)
(4) *L. ult. cod. de contrahend. emption.* (4. 38.)
(5) *L. Cum in caussa* 2. *cod. si in caus. judicat. etc.* (8. 23.)
(6) *L. Quamdiu* 6. *cod. hoc tit.*, *l. ult. cod. debitor. vendition. pignor. etc.* (8. 29.)

§. 1750.

Ex his placuit Sabaudo Senatui, nec valere subhastationem factam certo etiam pretio, sed sub protestatione, ut, si res tanti empta, et pro debito addicta creditori minoris erit, liceat ei in alia bona debitoris agere (1), quia protestatio haec efficiat, ne subhastatio pro certo pretio facta dici possit, quae tamen pretii certitudo omnino necessaria est (§. praeced.): quamquam protestatio haec recte fit eo tempore, quo pignus capitur, ut distrahatur, non vero cum addicitur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. defin.* 6. *allegat.* 2.
(2) *Fab. d. allegat.* 2. *in fin.*

§. 1751.

Sed quid, si debitum, ab initio incertum, deinceps certum fiat? Debitor audiendus non est ad rescindendam hoc solo praetextu venditionem, nisi debitum, et accessiones offerat (1): non quia subhastatio ex certitudine superveniente per se convalescat, quod juris ratio non patitur (2); sed quia debitor subhastationem non rite factam impugnare non potest, nisi oblatis debito, et accessionibus (3), ut modo diximus (§. 1747.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 6. *num.* 5. *in corp.*
(2) *L. Quod initio* 29. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *Fab. d. definit.* 6. *allegat. ult.*

§. 1752.

Licet autem subhastatio ab initio nulla vires ex se deinceps non capiat, potest tamen convalescere vel debitoris voluntate (1), cujus potissimum caussa agitur, vel judicis auctoritate, si debitor, qui vitium subhastationis objicere nequit, nisi sorte, et accessionibus oblatis (§. 1747.), adhuc solutionem detrectet; quo casu confirmatio, ait Faber, retrotrahitur ad tempus distractionis, sive agatur de fructibus medio tempore perceptis, sive de laudimiis; quae alicui debeantur, ita ut praeferatur dominus directus, qui fuerat tempore distractionis (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 18. *allegat.* 1. ✠
(2) *Fab. d. definit.* 18. *num.* 1., *et seqq. in corp.*, *et allegat. ult.*

§. 1753.

Sententia haec quoad debitorem ipsum recipienda omnino est, prout ex hactenus dictis patet: non ita quoad caeteros, sive creditores sint, sive aliter jus habeant, nisi singularis statuti sanctione ita cautum sit, prout innuit Faber apud Sabaudos in-

Inst. l. 3. tit. 15 ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

ductum (1); etenim actua, qui, lege obtinente, irritus est, ex eo tantum tempore vires habere debet, quo primum valet: atque retrotractio tantum admittitur in illis, quae initio suspensa sunt (2): sane idem Faber alibi videtur contrariam sententiam adstruere; ait enim, *si quando de subhastationibus quasi rite factis decreto confirmandis agi oporteat, illa semper clausula adjici solet, salvo jure tertii, ut alterius cujuslibet, qui debitor non sit, jus exceptum censeatur* (3).

(1) *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 3., 4. *et* 5.

(2) *L. ult. cod. de Senatusconsult. Macedon.* (4. 28.), *l. Donationes* 25. *cod. de donat. int. vir., et uxor.* (5. 16.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 5. *num.* 4. *in corp.*

§. 1754.

Si debitum certum quidem sit, sed illiquidum, puta si debeatur certa quantitas frumenti nondum aestimati, nulla est subhastatio respectu tertii, cujus interest, omnia rite fieri (1); sed valet respectu debitoris, qui, si offerre velit, curare debet, ut res aestimetur, prout fieri potest tum ante, tum post subhastationem (2); quamquam tutius est ante omnia aestimari, quod debetur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 7., *et* 21. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 7. *num.* 4., *et d. definit.* 21. *num.* 2. *in corp.*

(3) *Fab. d. definit.* 21. *in fin.*

§. 1755.

Ex hactenus traditis patet, creditori, non emptori, offerendum esse, si venditio perperam facta sit, seu contra formam a lege praescriptam, puta ante tempus praefinitum (1); quia distractum quoad creditorem non videtur pignus, quod praetermissis solemnibus alienatum est (2): contra emptori debitor offerre teneretur, si venditio rite peracta fuisset (3); quippecujus solius interesset (4): quamquam emptori adversus creditorem, qui vendidit, salvum jus est ad id, quod interest: non tamen potest emptor praetextu subhastationis non rite factae recusare solutionem pretii (5); tum quia, si ea irrita fiat, pretium recepturus est: tum maxime, quia sibi imputare debet, cur non inquisierit, an rite fieret subhastatio.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de distraction. pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 19.

(2) *L. A divo Pio* 15. §. *Sed si emptor* 7. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *Fab. cod. d. defin.* 19. *alleg.* 2.

(4) *D. l.* 15. §. *Si post addictum* 6.

(5) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 20.

§. 1756.

Hactenus diximus de omissione solemnitatum, quae extrinsecae nominantur: non idem omnino obtinet, si intrinsecae solemnitates desint, seu laesio intervenerit in rei venditae quantitate, vel pretio. Sane creditor, prout jam monuimus (§. 1739.), cavere debet, ne pro exiguo debito rem egregii valoris distrahat (1); tum quia id unum desiderare potest, ut ex rei venditae pretio, quod sibi debitum est, consequatur; tum qnia debitor saepe commiseratione dignus est, tametsi opportuno tempore, rei familiaris angustia pressus, fortuita clade, aut alia simili caussa non solverit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. de distraction. pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 8. *in princip.*

§. 1757.

Si igitur laesio immodica, vel enormissima allegetur, idest quae excedit bessem, atque debitor queratur ante interpositum a judice decretum, quo subhastatio confirmetur, differenda est subhastationis confirmatio, donec de ea constet, saltem si creditor, aut emptor possideant (1); quippe quo casu interim rei fructus percipiunt: quod si debitor ipse fortassis in possessione sit, difficilius confirmatio differtur; cum timeri possit, ne debitor frustrandae executionis caussa laesionem alleget: atque interim currit tempus redimendi pignoris debitori datum (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 26.
(2) *Fab. d. defin.* 26. *alleg.* 3. ✠

Inst. l. 3. tit. 15. ff l. 20. tit 5. Cod. l. 8. tit. 28

§. 1758.

Quod si laesio enormissima allegetur post confirmatam a judice subhastationem, non ob id rescindetur subhastatio, sed redimendi jus, quod alioquin brevi temporis spatio (1) concluderetur, perpetuum erit, seu competet usque ad triginta annos (2): sed enormi tantum laesione, idest ultra dimidiam, interveniente, competit emptori electio supplendi justi pretii (3): adeoque, elapso redimendi tempore lege municipali praefinito, nonnisi obtenta a Principe restitutione, debitor audiri juste desiderat: quae tamen restitutio concedi potest etiam post transactionem secutam inter debitorem, et emptorem, si duret laesio (4), quae dat restitutioni caussam (5).

(1) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 32. §. 59., *ubi anni tempus ad redimendum conceditur.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 8. *num*, 8., *et seqq. in corp.*
(3) *L. Rem majoris* 2. *cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.), *Fab. d. definit.* 8. *num.* 13.
(4) *Fab. ibid. definit.* 9.
(5) *L. Sciendum est* 18. *ff. ex quib. caus. major. etc.* (4. 6.)

§. 1759.

Securus quoque, ut obiter dicamus, est emptor, qui pignora publice comparaverit, atque jubente judice pretium obsignaverit apud eum, quem judex nominavit, etiam non auditis creditoribus, licet depositarius pecuniam male custodierit, aut inter creditores male distribuerit (1); qui enim mandante judice solvit, omnino liberatur (2): atque judici potius imputandum, cur non auditis creditoribus ita statuerit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 29.
(2) *L. Ait Praetor* 7. §. *Sed etsi ei* 2. *versic. Permittitur etiam ff. de minorib.* (4. 4.)
(3) *Fab. d. d. definit.* 29. *num.* 3. *in corp.*, *et allegat.* 3.

§. 1760.

Vix monendum, subhastationem rite factam non vitiari ex vitio missionis in possessionem, cum illa ab hac non pendeat: proinde, vitio possessionis purgato, idest nova apprehensa per judicis auctoritatem possessione, neque de dominio, neque de fructibus interim perceptis ulla potest superesse quaestio (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. de distraction. pignor. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 16.

§. 1761.

Sed an non casus sunt, in quibus pignora sub hasta publice vendita iterum vendi possunt? Si ex pignorum pretio satisfieri nequeat creditoribus anterioribus, quibus ignorantibus (1), licet generali programmate vocatis, venditio secuta sit, petente priore creditore rursus vendi debent, tametsi judex decreto suo subhastationes confirmaverit (2); cum judicis sententia nocere non debeat illis, inter quos lata non est (3).

(1) *Aliud dicendum, si venditionem non ignorassent; quia remisisse censerentur. L. Si eo tempore* 6., *l. Si hypothecas* 8. *cod. de remission. pignor.* (8. 26.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *definit.* 27. *in princip.*
(3) *L.* 1., *et passim cod. inter alios acta etc.* (7. 60.)

§. 1762.

Nulla tamen competit creditori anteriori hypotheca in pretio fundi venditi, atque empti ab alio creditore posteriore, qui pecuniam sibi in solutum retinuerit (1); cum enim haec nunquam fuerit debitoris, nec creditori obligata esse potest: sane, si haeres cum beneficio inventarii ex pretio rerum haereditariarum posteriori creditori solverit, priores non hypothecariam, sed revocatoriam ex Justiniani constitutione actionem habent (2), atque etiam in concursu pretium rei speciali hypotheca devinctae, et judicis auctoritate venditae loco rei succedere, diximus (§. 1661.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 17. definit.* 33.

(2) *L. ultim. §. Sin vero creditores* 5. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.), *Fab. cod. hoc tit. definit.* 33.

§. 1763.

Quinimmo, cum pignora omnia hodie soleant judicis auctoritate publice vendi; pretium vero creditoribus dari non soleat, nisi praestita cautione restituendi, si forte emerserint creditores potiora jura habentes, atque ita pretium publica auctoritate rei surrogetur, vi hujus cautionis creditores priores potius agere debent, ait Voet, adversus creditores posteriores ex pretio dimissos, quam adversus tertios possessores (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. lib.* 20. *tit.* 4. *num.* 11. *in princ. V. Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 12. §. 8., *et seqq. junct. lib.* 3. *tit.* 32.

§. 1764.

Non idem jus competit creditori posteriori, licet aliunde consequi nequeat, quod sibi debitum est (1); cum possit, et debeat sibi consulere per jus offerendi (2): nisi creditor posterior prae inopia offerre non possit: quo casu receptum, ut, eo postulante, bona rursus distrahi debeant, atque creditoribus omnibus satisfiat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 27. *num.* 3. *in corp.*

(2) *L.* 1. *cod. Si antiquior. credit. pign. vend.* (8. 20.), *Fab. d. definit.* 27. *num.* 3.

(3) *Fab. d. definit.* 27. *num.* 4., *et cod. eod. tit. definit.* 1.

§. 1765.

Si creditor tempore prior, quo postulante pignus venditum fuit, integrum debitum consecutus non sit, agere non potest contra tertium possessorem aliorum pignorum, sed hic juste desiderat, ut bona iterum sub hasta ponantur, si viliore pretio distracta fuerint; potissimum si laesio enormis intervenerit (1); nec enim frustra inquietari debet possessor a creditore, cui satisfactum videri potest ex bonis, quae jam habuit (2): potissimum si alia non sint bona, ex quibus indemnitatem consequi possit tertius possessor, cui tamen, quantum sine creditoris damno fieri potest, consulendum est (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 27. *num.* 5., *et seqq. in corp.*

(2) *Argum. l. Si quibus dolo* 51. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *Auth. Hoc, si debitor, post l.* 24. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

§. 1766.

Quod si possessor simul creditor sit, interest, an sit anterior, an posterior, an partim anterior, partim posterior. Si anterior, posteriori solum competit jus offerendi (1): si posterior, novam venditionem impedire non potest, nisi oblato creditori anteriori, quod ei debetur (2).

(1) *L.* 1. *cod. Si antiquior. credit.* (8. 20.)

(2) *L. ult. cod. eod. tit.*

§. 1767.

Quod si venditi pignoris possessor partim prior, partim, seu pro alio debito posterior sit, atque bona, quae possidet, pluris esse dicantur, quam anterioris creditum, eadem aequitas (§. praeced.) suadet, ut pignora illa rursus distrahantur, si aliunde actori satisfieri non possit; ita tamen, ne res possessori auferatur, priusquam pro debito anteriori satisfactum ei fuerit, nec non pro expensis litis, aliisve in pignoris utilitatem factis (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 27. *num.* 10., *et seqq. in corp.*

§. 1768.

Caeterum ita pronunciavit, scite ait Faber, Sabaudus Senatus ex aequitate potius, quam ex stricta juris ratione (1); cum, hac inspecta, agi non possit adversus eum, qui anterioris creditoris jure possidet, nisi posterior creditor debitum offerat; nec si pro uno nummo rem maximae aestimationis teneat (2); atque magis imputari potest creditori posteriori, cur non offerat, quod facilius offerre potest.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. definit.* 27. *num.* 16. *in corp.*

(2) *L. Quamdiu* 6. *cod. hoc tit.*, *l. ult. cod. Si antiq. credit.* (8. 20.)

Inst. l. 3. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

§. 1769.

Ex his solvi potest quaestio Sabaudis patribus olim proposita. Cum creditor anterior hypothecarius obtinuisset, ut domus obligata, quae tota fere ruinam passa, non tam conservata, quam restaurata fuerat, publice venderetur, ut ex pretio primum possessori, tum sibi satisfieret: secuta venditione, atque addictione possessoris favore, cum apparuisset, pretium vix sufficere sarciendis instaurationibus, postulabat creditor, ut domus rursus venderetur, paratus pretii nomine se longe majorem illaturum quantitatem; quam et obtulisset, si meliorationes ad tantam aestimationem ascendere credidisset (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *def. ult.*

§. 1770.

Contradicebat possessor, ajens, se domum ex nova emptionis caussa comparasse, nullumque jus in ea superesse creditori, qui venditionem urserat, et sibi imputare debebat, cur se vinci in licitatione passus fuisset. Senatus ex aequitate censuit succurrendum creditori, qui aliam consequendae indemnitatis rationem non haberet; maxime cum nullum hinc damnum immineret possessori, cui sumptus omnes meliorationum imprimis solvi oporteret (1): ea tamen lege, ut possessor si eodem pretio, quod a creditore offerebatur, domum retinere vellet, omnino praeferendus esset (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. def. ult. in med.*

(2) *Fab. d. def. ult. prop. fin.*

§. 1771.

Profecto, subjicit ex Senatus placito Faber, si ad novam licitationem creditor admitti velit, etiam praetextu minoris aetatis, audiendus non est, nisi impetrata contra sententiam restitutione in integrum per viam civilis supplicationis Principi oblatae (1); interest enim, ut ratum sit, quod publice gestum est (2), ne alioquin nemo sit, qui ad publicas venditiones accedat.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 17. *d. def. ult. in fin.*

(2) *L. Quaecumque* 5. *cod. de fide, et jur. hastae fiscal.* (10. 3.)

§. 1772.

Vix monendum est, eum, qui comparavit fundum creditori addictum, non a creditore, sed a falso creditoris procuratore, seu mandatum non habente, posse a posteriore creditore hypothecaria actione conveniri, etiam non oblato pretio (1); neque enim offerri debet illi, qui nullum jus habet, quod offerenti cedere possit (2).

(1) *Fab. cod. de luition. pignor. lib.* 8. *tit.* 19. *definit.* 2.

(2) *Argum. l. Mulier* 19. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1773.

Si posterior creditor clausula constituti munitus sit, non prior, potest ille beneficio Justinianeae constitutionis (1) possessionem avocare; eatenus saltem, ut salvam habeat exceptionem non factae excussionis (2) in caeteris bonis; dummodo nec expresse, nec tacite consenserit translationi possessionis (3).

(1) *Quae est in l. ult. cod. de acquirend. possession.* (7. 32.)

(2) *Juxta Auth. Hoc si debitor, post l.* 24. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

(3) *Fab. cod. de luition. pignor. lib.* 8. *tit.* 19. *def.* 3.

§. 1774.

Jam innuimus, distractis pignoribus ex eorum pretio satisfaciendum esse creditori tum pro sorte, et accessionibus, etiamsi solo judicis officio debeantur; tum etiam pro litis sumptibus ad tuendum pignus necessario erogatis (1); quia usurae sortis accessiones sunt; expensae autem litis debitori imputari debent, quippequas facere necesse non fuisset, si debitor suo tempore solvisset: profecto litis expensae eodem ordine inter plures creditores distribuuntur, quo sors ipsa (2), a qua pendent.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 17. def. 24. num. 3., et 4., et lib. 8. tit. 19. def. 2.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. de distraction. pignor. lib. 8. tit. 17. def. 15., et 30.*

Inst. l. 2. tit. 15. ff. l. 20. tit. 5. Cod. l. 8. tit. 28.

§. 1775.

Saepe innuimus, et superius diximus, creditorem, alio emptore non existente, vel conveniens pretium non offerente, posse pignus sub hasta positum emere (1): immo creditor, si idem pretium offerat, atque incontinenti postulet se praeferri (2), extraneo licitatori praefertur: et post eum cognatus (3): quod si plures sint creditores idem pretium offerentes, potior est illius caussa, cui major summa debetur (4): quod si unus creditor, et simul cognatus sit, alter tantum cognatus, ille ob duplex vinculum huic praeferendus est (5).

(1) *L. Cum in caussa 2. cod. Si in caus. judicat.* (8. 23.)

(2) *Alioquin jus emptori quaesitum auferri non debet: quaesitum autem censetur, licet subhastatio nondum a judice confirmata sit, quia confirmatio novum jus non tribuit. Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 17. definit. 32. num. 5.*

(3) *L. Cum bona 16. ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 17. d. definit. 32. in princip.*

(4) *D. l. 16. in fin.*

(5) *Brunneman. in Pandect. ad d. l. 16. num. 2.*

§. 1776.

Caeterum, tametsi creditor, qui pignus emit, jus pignoris, quod in re propria consistere non potest (1), amittat, si tamen deinceps evincatur, salvam habet actionem hypothecariam, perinde ac si pignus nunquam comparasset (2); quia, evicto pignore, verum est, non fuisse creditori solutam pecuniam debitam, nec aliter creditori satisfactum: quod omnino necesse est, ut actio hypothecaria extinguatur (3): quare, cum actio haec rem ipsam obligatam comitetur (4), in emptorem etiam sine cessione transire debet (5).

(1) *L. Neque pignus 45. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. penult. §. 1. ff. de exception. rei judicat.* (44. 2.), *Fab. cod. Si vendit. pignor. agat. lib. 8. tit. 19. definit. 5., et cod. Si antiq. credit. lib. 8. titul. 10. definit. 4.*

(3) *L. Si rem 9. §. Omnis 3. ff. de pignoratit. action.* (13. 7.)

(4) *L. Pignoris 17. ff. de pignorib.* (20. 1.), *l. Pignoris 18. cod. eod. tit.* (8. 14.)

(5) *Fab. d. def. 5. in fin.*

§. 1777.

Quaerunt interpretes, utrum creditor pignus vendens possit fidem de pretio habere. Pignora utique regulariter praesenti pecunia distrahi debent, ita ut, emptore non solvente, rursus distrahenda sint (1): si tamen bonis conditionibus emptor alioquin non inveniatur, existimat Voet (2), fidem de pretio haberi posse (3): ita ut debitor obligatus maneat, si pretium emptori non solvat. Sed vix est, ut haec hodiernis moribus quibus pignora omnia judicis auctoritate venduntur (§. 1778.), permitti possint.

(1) *L. A divo Pio 15. §. Sed si emptor 7. in fin. ff. de re judicat.* (42. 1.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. lib. 20. tit. 5. num. 12.*

(3) *Argum. l. Quaesitum 9. ff. hoc titul.*

§. 1778.

Atque idem ferri debet judicium de pacto, de re vendita creditori, aut debitori restituenda, si intra certum tempus pretium restituatur (1), licet in privatis pignorum venditionibus pacta haec a Romanis jureconsultis probata fuerint (2).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num. 9. prop. fin.*

(2) *Voet d. num. 12. in fin. V. Reg. Constit. lib. 5. tit. 12. §. 8., et seqq, junct. lib. 3. tit. 32.*

FINIS TOMI NONI.

INDEX TITULORUM

JUXTA RERUM SERIEM.

LIBER SECUNDUS

JURISPRUDENTIÆ
LIBER TERTIUS

INDEX TITULORUM

ORDINE ALPHABETICO DIGESTUS.

Finis.